

INTRODUÇÃO

No desenvolvimento do plano geral das Instituições de Direito Civil segue-se este volume V, dedicado ao DIREITO DE FAMÍLIA.

Tem início com a caracterização do organismo familiar, que não prescinde de informações de cunho sociológico, apresentadas, todavia, com as reservas naturais quanto a certas fases que alguns escritores, de gênio embora, mais revestem com as galas de sua criação imaginativa do que apoiadas em documentação segura.

Necessário é, todavia, registrá-las, porque a condição atual da instituição da família é um capítulo de sua história evolutiva no ciclo da civilização ocidental, a que não faltam as contribuições da cultura bíblica; da vida doméstica nas Penínsulas helênica e itálica; da estrutura germânica que importamos indiretamente através de seu impacto sobre o Império Romano ao tempo das invasões bárbaras, e diretamente por intermédio da influência visigótica na Península ibérica; da moral cristã que assinala estes dois milênios; e da tendência autonomista e liberal dos tempos modernos, especialmente deste século, marcado por duas guerras mundiais que navida da família deixaram sinais inapagáveis.

Estuda o casamento em todos os seus aspectos: caracterização jurídica do ato, formalidades antecedentes, solenidade da celebração, assento de registro; eficácia, ineficácia e dissolução; efeitos de cunho pessoal e patrimonial.

Cuida das relações de parentesco legítimo, ilegítimo e adotivo, designações discriminatórias abolidas pela Constituição de 1988, art. 227, § 6°. Examina os institutos de proteção aos filhos, aos órfãos, aos psicopatas e aos ausentes. Examina os regimes de bens.

A técnica da exposição é a mesma dos volumes anteriores, a numeração dos capítulos e parágrafos obedece à mesma seqüência, e as proposições e teses versadas atentam para as implicações de caráter social, para as soluções legislativas, para as sugestões reformistas e para a normação dos institutos em Direito Comparado.

Não pode o jurista esquecer que o material com que trabalha há de ser colhido em plena vida. Cada época vive um complexo de regras que lhe são próprias. Não desprezam o passado, não rompem com as tradições, mas modelam ou disciplinam os fatos humanos segundo as injunções do seu momento histórico. Se a sociedade fosse estática, o Direito seria estático. Se o Direito fosse estático, imporia à vida social um imobilismo

incompatível

com o senso evolutivo da civilização. Contingente como a vida, o Direito é igualmente mutável.

Nosso tempo assiste às mais profundas transformações do mundo. No plano científico, as descobertas mais revolucionárias. No das comunicações, a transmissão instantânea da idéia e da imagem em todos os espaços, terrestres e siderais. No dos transportes, o homem venceu todos os obstáculos, deslocando-se em veículos dirigidos

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

2

de uma a outra região, de um a outro país, de um a outro Continente, de um a outro corpo celeste. No plano social, mutações causadas por toda uma fenomenologia complexa, determinando transformações conceituais extremas.

O Direito Civil é sensível a todas estas mutações. Sofre o seu impacto, e se transforma sob ele.

Particularmente lhe é sensível o Direito de Família.

Publicização. A começar da caracterização mesma do Direito de Família como complexo normativo, há uma tendência marcante para retirá-lo do Direito Privado, sob fundamento de que se não deve restringir à proteção da pessoa e à afirmação de direitos subjetivos, mas tem em vista, mais do que o indivíduo, a tutela de toda a sociedade, ou do Estado mesmo (1). Não falta a sustentação de estar a família sendo conduzida para o Direito Público, tantas são as normas de ordem pública que a envolvem (2). A idéia, posto que sedutora, não chega a convencer. A penetração dos princípios de ordem pública não é estranha aos demais compartimentos jusprivatísticos. E nem por isso o Direito Civil se publiciza todo, ou se extingue como Direito Privado. Mais racional seria a sugestão dos irmãos Mazeaud: sem que se transforme o Direito de Família em Direito Público preconizam a promulgação de um "Código de Família" que reúna todas as regras de de Direito Privado e de Direito Público, a ela relativas (3). Mas o Direito de Família deve continuar integrando o Direito Privado, dada a predominância dos interesses do organismo familiar sobre os dos organismos públicos (4).

Crise da família. Homens de pensamento, com muita frequência, aludem à crise da família, proclamando e lamentando a sua desagregação. Mais aparente que real, pois o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas (5).

Em termos gerais, as transformações sofridas pelo Direito de Família são enunciadas por W. Friedmann:

"The chapter on family law brings together matters usually dealt with under different headings, such as marriage and divorce, the treatment of the right to life in criminal law, and the place of the family in the modern State. This includes such matters as the problem of indissolubility of marriage and divorce, the various attitudes towards the legitimacy of birth control, abortion, and artificial inseminations and the profound changes in the social and legal position of married women and children (6).

O direito de nosso tempo manifesta cuidados especiais com a família. E nisto revela já uma diferença muito grande com o passado. As leis e os códigos falavam nas relações familiares, aludiam ao casamento, à filiação, ao regime de bens. Mas não mencionavam a palavra "família". A observação, posto que em geral, foi enfatizada por Savatier, em

- 1- Ruggiero e Maroi, Istituzioni di Diritto Privato, v. I, § 47.
- 2- René Savatier, Du Droit Privé au Droit Public, p. 21.
- 3- Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons, v. I, n°. 688.
- 4- Heinrich Lehmann, Derecho de Familia, p. 14.
- 5- De Page, Traité Élémentaire. v. I, n° 538.
- 6- W. Friedmann, Law in a Changing Society Preface, p. XI.

INTRODUÇÃO

3

referência especial ao Código Napoleão. Recorda que Portalis, na Exposição de Motivos, havia-a proclamado o "viveiro" do Estado - "Législateurs, les familles sont la pépinière de l'État, et c'est le mariage que forme les familles. " Podia retroceder mais longe, invocando Cícero, que a designou com felicidade o seminário da República: principium Urbis et quasi seminarium reipublicae. Mas, acrescenta Savatier que o Código de 1804 não dedica uma referência especial à família (7). Não destoam da tese os três Mazeaud, ao acentuarem que quem abre o Código Civil não encontra aí nem livro, nem capítulo, nem seção sob a epígrafe "Da Família". (8)

Hoje em dia outras são as idéias. Os monumentos mais significativos da vida dos povos dedicam seu interesse à família como organismo. A Carta das Nações Unidas,

votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, alude particularmente ao direito de "fundar uma família", sem quaisquer restrições étnicas ou religiosas. E acrescenta: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado" (Carta das Nações Unidas, art. XVI, e n.º 3).

Na mesma linha dos Direitos Universais é a proclamação feita pelas Constituições da República do Brasil: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art.175); "A família, base da sociedade, tem proteção do Estado" (Constituição de 1988, art. 226).

Personalidade jurídica da família. A nova tendência de prestigiar a família como organismo social, como instituição, e como núcleo fundamental da sociedade desborda do direito legislado e alcança os doutrinadores, tendo mesmo inspirado toda uma corrente que sustenta hoje a sua personalidade jurídica. Foi Savatier quem sustentou basicamente a idéia de ser a família sujeito de direitos, com autonomia em relação aos seus membros, e conseqüentemente achar-se investida da condição de pessoa moral (9). A concepção, arrojada, encontrou seguidores. Um projeto de lei foi redigido pela Societé d'Études Législatives, em 1941, acreditando alguns que uma reforma neste sentido teria bons resultados (10).

Não medrando embora (v. n.º 368, infra), resta a proposição como reveladora da relevância social e política da família. Sem que se lhe reconheça propriamente personalidade jurídica, diversa da de seus componentes, não se pode recusar a estes o exercício de certas faculdades em função essencialmente de sua condição de membros da família.

Limitação da natalidade. No Direito de Família vão necessariamente percutir aqueles problemas graves, que polarizam as atenções dos sociólogos como dos líderes autênticos. Quando nós assistimos ao crescimento demográfico como ameaça a todos os povos da Terra, pela disparidade entre o aumento populacional e o dos meios de produção alimentícia, e paralelamente sentimos o problema do "controle da natalidade" preocupar o pesquisador, o anátomo-patologista, o teólogo, e o chefe da Igreja de Roma na sua mais controversa Encíclica "Humanae Vitae", podemos estar certos de que ao civilista ele não

7 Savatier, Le Droit, l'Amour et la Liberté, p.14.

8 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil. v. I, no 685.

9 René Savatier, *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*. no 110.

10 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, v. I, n° 688.

4

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

foi estranho. E não são poucos os estudos que o assunto já inspirou, de que se respigam exemplificativamente estes, que são obras de juristas também: P. Simon, "Le Contrôle des Naissances", 1966; A. Morali Daninos, *Sociologie des Relations Sexuelles*, Paris, 1963; V. Olivetti Berla, "Demografia e Controllo delle Nascite", Milano, 1963; A. Sauvy, "La Prévention des Naissances", Paris, 1962; A. Toynbee, "Population and Food Supply", XXIX Sessão do Conselho da FAO, Roma, 1969; A. F. Guttmacher, "The Complete Book of Birth Control", New York, 1961; W. Vogt, *People*, New York, 1960; Lagrona-Weil Hall, "La Livre Conception à l'Etranger", Paris, 1958; I. Derogy, "Des Enfants Malgré Nours", Paris, 1956; "Problems of Population in the World", Relatório XXXVIII da UNESCO, Paris 1961; A. Urelia Sini, "Il Problema del Controllo delle Nascite", Milano, 1967; S. De Lestapis, "La Limitation des Naissances", Paris, 1959; A. Dumas, "Le Contrôle des Naissances, Opinions Protestantes", Paris, 1965; W. Gibbons, "Antifertility Drugs and Morality in America", 1957; A. Perego, "La Finalita Matrimoniale e la Limitazione delle Nascite", Torino, 1960; D. R. Peretti Griva, "L'articolo 553 e il Problema Demografico", in *Il Controllo delle Nascite*, Milano, 1957, p. 64 e segs.; W. Van Der Marck. "Love and Fertility, Contemporary Questions about Birth Regulation", London, 1965; Savatier, "Les Conquêtes de la Biologie", in Dalloz, 1948, *Chronique*, p. 33.

Não distoa a disposição contida na Constituição Federal de 1988, ao estabelecer (art. 226, § 7º.) que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Inseminação artificial. Quando a ciência biológica anuncia processo de inseminação artificial, para proporcionar a gestação sem o pressuposto fisiológico das relações sexuais, uma série de implicações jurídicas eclodem, como seja a indagação da legitimidade do filho, a necessidade de autorização da mulher, a anuência do marido, o registro do filho, afora o problema da inseminação contra a vontade de qualquer dos cônjuges, ou a sua realização sem o conhecimento do fato por algum deles, ou a necessidade de reconhecimento ou declaração da paternidade. Todos estes assuntos são debatidos pelos

civilista em congressos, conferências, monografias, estudos publicados em revistas especializadas, podendo ser citados: Fernando Santosuosso, "Contributo per una Disciplina Giuridica in Tema di Fecondazione Artificiale", in Studi in tema di Diritto di Famiglia, Milano, 1967; Albano Trabucchi, "Inseminazione Artificiale", in Nuovissimo Digesto Italiano; G. Garbonni, "Inseminazione Artificiale e Delitto di Adulterio", in Rivista di Diritto Matrimoniale, 1965, p. 349; S. Lener, Matrimonio, Fedetà Coniugale e Inseminazione Artificiale, Civiltà Catt, 1959, III, p. 59; U. Maiello, "Inseminazione Artificiale e Adozione", in Diritto e Giurisprudenza, 1964, p. 489; Fernando Santosuosso, La Fecondazione Artificiale riella Donna, Milano, 1961.

Adoção plena. Dentro da sistemática legal, não são poucas nem infreqüentes as modificações que o Direito de Família suporta em consequência das mutações conceituais dos tempos modernos, algumas com impacto profundo sobre os institutos tradicionais.

Côncio da decadência da adoção, e reconhecendo que as modificações nela introduzidas em diversos sistemas jurídicos não alcançavam o desejado êxito, o jurista criou outra modalidade de filiação civil, rompendo com princípios tradicionais e milenares.

Construiu o instituto da legitimação adotiva, introduzido em nosso direito pela Lei nº. 4.655, de 2 de junho de 1965, objeto de farta floração doutrinária e resultados práticos irrecusáveis (cf., sobre a legitimação adotiva, o nº. 415, infra), sob a denominação

INTRODUÇÃO

5

"adoção plena". Veio a Constituição de 1988, a estabelecer que a adoção será assistida pelo Poder Público, sujeita a normas especiais de efetivação inclusive por estrangeiros, o que levou João Baptista Villela a sustentar a "Desbiologização da Paternidade", in Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XXVII, nº 21, maio de 1990. Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, recuperou o instituto da adoção o maior prestígio (Lei nº. 8.069, de 1990).

Pátrio poder. O instituto clássico do pátrio poder passa por numerosas transformações que lhe alteram a caracterização jurídica, modificam o seu fundamento e a sua finalidade, que é deslocada para uma concepção mais moderna de "poder de proteção", substitutivo da potestas romana, que traduzia subordinação autocrática e enfeixamento

de direitos parentais (sobre o pátrio poder, v. nº. 415, infra).

Igualdade jurídica dos cônjuges. A condição jurídica da mulher é um dos mais ricos capítulos da história evolutiva do direito.

Foi onde se processou a maior transformação no Direito de Família.

Organizada esta sobre base patriarcal, como ocorria nas sociedades primitivas,

a civilização romana colocava a mulher em plano secundário. Não lhe reconhecia equiparação de direitos ao homem "propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium". Como filha, era sempre incapaz, sem pecúlio próprio, sem independência, "alieni iuris".

Casada, saía de sob a potestas do pai, e ingressava "in domo mariti" ali se prolongando a sua condição subalterna, pois que entrava "in loco filiae" e desta sorte perpetuava-se a sua inferioridade, prolongando-se por toda a vida a "capitis deminutio" que a marcava, e de que

não se podia livrar numa sociedade individualista ao extremo, num povo que dava a maior

importância às duas atividades que fizeram crescer o Império e tornar-se poderoso:

a guerra e o comércio, expandindo as fronteiras por todo o mundo conhecido e assegurando

as fortunas que faziam a riqueza de Urbs. Naquela sociedade, não havia para a mulher

outras virtudes que as reconhecidas às suas "matronae": "ser casta e fiar lã".

Não obstante o espiritualismo que ao Direito Romano trouxe o Cristianismo (11),

a condição jurídica da mulher permaneceu, por toda a Idade Média e boa parte da Idade

Moderna, inteiramente estática. Estática, quer dizer, inferiorizada.

Mesmo nos tempos contemporâneos, a elaboração jurídica do século passado e deste século, mesmo os Códigos modernos não tiveram a coragem de romper as barreiras

dos preconceitos, e consagraram idéias que pouca diferença faziam dos pré-juízos quirritários. Se a mulher era socialmente prestigiada, juridicamente lhe faltava a equiparação

que a libertasse das malhas de um patriarcalismo deslocado no tempo e no espaço. Mas que persistia e durava.

Veio o século XX. Vieram as duas Guerras Mundiais. Mobilizaram-se todos os homens válidos sob as bandeiras. As mulheres assumiram trabalhos antes desempenhados

pelos varões. E o direito não pôde mais conter os preconceitos herdados de um passado

remoto. As mudanças foram radicais e bruscas. Numa só frase podem ser retratadas, como

o foram para um país tradicionalista (Inglaterra) e para um direito severo (a Common

Law), como se lê na obra de Jenks, revista por Davies, em 1952:

11 Troplong, De L'Influence du Christianisme sur le Droit Civil des Romains, Paris, 1843.

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

" Until recently, the changes (operadas pelo casamento) at any rate in the case of the wife were so great that they placed her in that exceptional and inalterable legal position known as a status. By reason of the great changes recently made in the law affecting married women, the legal effects of marriage are so much less striking than formerly that we no longer regard married women as an exceptional class. " (12)

No plano das generalidades, Cosentini proclama que os tempos modernos exigem que a mulher não continue mais a ser subordinada, cega, mas a colaboradora afetuosa do homem (13).

Sem nos determos na percussão destas transformações, por todos os sistemas jurídicos, ou ao menos pelos que compõem o que se convencionou denominar como a "civilização ocidental", uma visão de conjunto sobre o direito brasileiro reflete essa tendência e consagra essas transformações.

Se nos detivéssemos no plano doutrinário, bem veríamos que os escritores em obra sistemática e em trabalhos monográficos descrevem a concepção autonomista da mulher, como expressão da atualidade de nosso direito.

Mesmo limitando-nos ao direito escrito, ao direito legislado, ou restringindo as observações de "iure condito", já podemos fixar a posição jurídica da mulher brasileira termos que nem comportam confronto com o passado, mesmo próximo.

O grande passo foi dado pela Lei no 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, e é com razão cognominada o "Estatuto da mulher casada".

Começou por abolir aquele romanismo que se incrustara em nosso direito como uma excrescência inqualificável e injustificável. O Código de 1916, parecendo volver-se para um passado já superado, e retrogradando para dois mil anos, ainda proclamava a incapacidade relativa da mulher casada, que o diploma de 62 aboliu.

É certo que nos lares bem formados, o clima dominante era o da igualdade. O ambiente de harmonia. As relações de cooperação.

Mas, na hora de proceder na vida civil e na vida doméstica, a mulher aparecia inferiorizada. Relativamente incapaz.

Na sociedade conjugal, o marido era o chefe. Não obstante a palavra amenizadora da doutrina, a dizer que "teve o legislador pátrio o cuidado de manter a mulher casada em situação jurídica igual à do marido", (14) a "chefia" lhe dava predominância, como assinala Sá Pereira:

"Se ligais a caput o sentido intelectual, o marido é o chefe, porque nessa sociedade

é ele o que pensa; se lhe dais o sentido juridico ainda é ele o chefe, porque, nessa sociedade, é ele o capaz. Esta situação já foi realmente uma realeza absoluta, hoje não o é mais, sem deixar porém de ser ainda uma posição fornicidável, enc cujas muralhas personalidade feminina se ergastula e deprime."(15).

12 Edward Jenks, The book of English Law, ed. rev. by D.J. L. L. Davies, p. 214.

13 Francesco Cosentini, Droit de Famille. Essai de Réforme, p. 14.

14 Clóvis Beviláqua, Comentários ao Código Civil. v. II, comentário ao art. 233.

15 Sá Pereira, Lições de Direito de Família. p. 265.

INTRODUÇÃO

7

Foi, porém, a Lei nº 4.121, de 1962, que abateu estas muralhas, mantendo no marido a chefia, porém, acrescentando que esta é uma função exercida com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

Se o art. 240 do Código Civil declarava que a mulher assume com o casamento os apelidos do marido e a condição de sua consorte e companheira, foi o Estatuto da mulher casada que lhe atribuiu o velar pela direção material e moral da família.

Foi ainda a Lei nº 4.121, que, em nova redação do art. 246, deu à mulher casada que exerce profissão fora do lar, autonomia econômica e lhe franqueou constituir reserva patrimonial de livre administração e disposição, a cavaleiro das dívidas contraídas pelo marido.

Foi ainda esta lei que lhe deu o pátrio poder sobre os filhos do leito anterior, ainda quando convola a novas núpcias, e excluiu da comunhão os bens reservados que acumule com o fruto do seu trabalho, bem como os frutos civis deste.

Foi desta lei que lhe adveio a participação na patria potestas, que exerce em colaboração com o marido.

Estas modificações no regime jurídico da mulher já se integraram no nosso direito positivo. Quando a reforma do Código Civil foi encarregada à Comissão que tivemos a honra de integrar ao lado de Orozimbo Nonato e Orlando Gomes, todas elas foram resguardadas. Passadas a outras mãos, não de ser preservadas no futuro. Não há mais lugar no mundo para a onda reacionária que as restrinja, sob o fundamento de que desagregam a família.

Estas transformações foram a conquista dos juristas esclarecidos. Mas não chegam.

Por isso mesmo a Constituição Federal de 1988, estabeleceu princípios relativos ao conceito de "entidade familiar" (art. 226, §§ 3º e 4º); ao instituto do divórcio (art. 226, § 6º); à equiparação dos cônjuges em direitos e deveres (art. 226, § 5º); ao planejamento familiar (art. 226, § 7º) e a assistência à família (art. 226, § 8º). Foi a Constituição de 1988 que instituiu a absoluta igualdade de todos os filhos, proibindo designações discriminatórias.

Outras reivindicações existem, e se tornam necessárias para compor o quadro da equiparação e da autonomia da mulher que constrói, com o marido, a estabilidade da família, o progresso e riqueza deste país, e não podem, em nome de concepções retrógradas, ser postergadas e desprezadas. A evolução jurídica, como evolução social que é, não admite retrocesso. A elevação jurídica da mulher não se completará sem a dupla regulamentação de relações pessoais e patrimoniais, pela participação mais direta e intensa nos direitos e obrigações inerentes ao pátrio poder, à tutela, e uma ingerência maior na economia doméstica. (16)

Uma última palavra é necessária à caracterização específica das relações familiares. Seja em face dos preceitos tradicionais, seja em função das mutações que as novas tendências evolutivas lhe imprimem, uma observação há de estar presente sempre, ao espírito de quem em nosso tempo escreve sobre o Direito de Família, segundo feliz síntese de Ruggiero e Maroi: "os vínculos se estabelecem e os poderes se conferem, não tanto para atribuir direitos quanto para impor deveres, a tal ponto que não é somente a violação destes, mas o abuso ou simples mau uso daqueles geram a sua privação". (17)

16 Francesco Cosentini, ob. cit., p. 501

17 Ruggiero e Maroi, Istituzioni, v. I, § 47.

Pareceu-nos oportuno estender esta Introdução, salientando algumas das linhas de atuação do Direito de Família, para que o leitor, logo no pórtico do volume, tenha conhecimento de que não se defrontará com a simples repetição do que todos os livros mencionam: Ao revés, encontrará neste volume um DIREITO DE FAMÍLIA voltado para o futuro. E tais ponderações são tanto ou mais necessárias, que o ano de 1975, foi instituído como o "Ano Internacional da Mulher", sob inspiração do propósito de

assegurar efetiva igualdade de direitos.

Edição tirada após a vigência da Lei no 6.515, de 26 de dezembro de 1977, já consigna as alterações que este diploma introduziu no Direito de Família. Sua finalidade precípua foi instituir o divórcio a vínculo, que a norma constitucional severamente condenava. Resultado de longa e porfiada luta, como Nelson Carneiro descreve no seu livro *A Batalha do Divórcio*, e que se extrai da obra não menos minuciosa do seu oponente Padre Arruda Câmara, sob a mesma epígrafe. *A Batalha do Divórcio*, a Lei nº.

6. 515 enuncia o seu propósito básico, que é regular "os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos".

A par, entretanto, desse objetivo, a nova lei infiltrou-se por várias províncias civilistas e abre novos caminhos. Algumas vezes corrigindo falhas lastimáveis de nosso direito positivo anterior. Outras, porém, menos felizes, consagrando defeitos técnicos e subversão de princípios assentados e doutrinas estratificadas. E a conseqüência natural do apressamento legislativo, decorrente da reforma constitucional que aboliu a indissolubilidade do matrimônio.

Algumas das erronias poderão ser corrigidas pela atuação pretoriana. Outras, porém, pela sua natureza estrutural, dependerão necessariamente de novo pronunciamento legislativo, que por certo virá, na medida em que a aplicação prática da lei revelar as suas imperfeições.

É natural que um diploma legislativo, votado em prazo curto, e sob o influxo de uma espécie de luta contra o tempo, traga em seu bojo defeitos, como defeitos, aliás, são freqüentes em toda obra humana.

O clima em que se discutiu e votou a "lei do divórcio" foi polêmico e até certo ponto apaixonado. O mesmo ocorrera, não faz muito tempo, com a lei italiana, que chegou

a provocar movimentos multitudinários, passeatas, trocas panfletárias. Sem esses extremos, contudo, não deixou a Lei no 6.515/77 de armar hostes contrárias, colocando de um

lado os divorcistas e de outro os antidivorsistas, amparados estes pela Igreja Católica, dogmaticamente opositora da dissolução do vínculo matrimonial.

O doutrinador, especialmente quando a sua obra merece a acolhida universitária, adoção como livro-texto nos currículos acadêmicos, tem o dever de se colocar na linha

expositiva não-emocional. Deve criticar o que lhe pareça inadequado ou imperfeito. Criticar, porém, em termos e linguagem científicos, sem os extremos polêmicos que desfigurem a sua posição.

É o que se encontrará neste livro. Muitos pontos vieram ao encontro de teses que de há muito defendemos. Outros, com inovações que aceitamos e que não deixaremos de apontar. Alguns outros, todavia, absorvendo soluções menos exatas que o legislador no futuro emendará.

Em suas linhas gerais, a Lei no 6.515, de 26 de dezembro de 1977, deu um passo

na marcha evolutiva de nosso Direito de Família, procurando, com sinceridade, solucionar problemas a que a vida conjugal dá nascimento, e que o excessivo amor à tradição impedia de resolver.

9

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal dilargou ainda mais o instituto do divórcio: após separação judicial por um ano, e prova de separação de fato por mais de dois anos.

A instituição do divórcio, ao mesmo passo que provoca adversários sinceramente convictos, e aderentes que afloram na corrente das águas novas, provocou no começo uma certa onda de procedimentos judiciais. Assim aconteceu na França, quando foi instituído com a Revolução, quando foi restabelecido com a República após a restauração monárquica, e quando foram suprimidas as restrições originárias da legislação restritivista do Governo Pétain.

Quando se discutiu o Projeto no Congresso, esboçou-se o receio de que, também no Brasil, a instituição do divórcio vincular despertaria enorme onda, abarrotando a Justiça de miríades de pedidos. Contra as expectativas generalizadas, não foi o que ocorreu. É certo que nos maiores centros houve um grande número de pedidos. Não tão numerosos, contudo, que se pudessem qualificar como uma calamidade. De certo modo, pode-se mesmo salientar que as pretensões divorcistas foram quantitativamente muito menos ocorrentes do que se esperava.

Creemos, convictamente, que a instituição do divórcio não abalará a estrutura essencial do casamento. A ele recorrerão aqueles que não encontraram no matrimônio a harmonia que é o clima da vida conjugal. Mas o matrimônio, como pedra angular da constituição da família, há de sobreviver sem a conotação de "instituição em decadência", tal como ocorre e tem ocorrido em todos os sistemas onde temporariamente sofre algum eclipse.

Promulgada a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, dedicou o Capítulo VI à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso. Este volume nos lugares adequados, absorve os princípios concernentes, mantendo a necessária atualização.

Em cumprimento às disposições constitucionais, foram alterados e revogados artigos do Código Civil e de outras leis, o que tudo será examinado nos pontos atingidos.

Dando cumprimento à disposição constitucional, o Congresso editou a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, revogando o art. 358 do Código Civil e adaptando outros institutos às inovações da Constituição.

A Constituição de 1988 voltou suas vistas para o grave problema da infância e da

adolescência, instituindo o dever prioritário de sua assistência (art. 227) o que será objeto do capítulo infra, 372-B: Estatuto da Criança e do Adolescente.

Parte Primeira

DO MATRIMÔNIO

13

Capítulo LXXXII

A FAMÍLIA

Sumário: 368. Conceito. 369. Origem e evolução. 370. Concepção moderna. 371. Direito

de Família: natureza e taxinomia. 372. Os institutos do Direito de Família. 372-A.

Inovações constitucionais. 372-B. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Bibliografia: Clóvis Beviláqua, *Direito de Família*, §§ 1º e segs.; Eduardo Espínola, *A Família*

no *Direito Civil Brasileiro*, n°s 1 a 7; Sá Pereira, *Lições de Direito de Família*, ps.

21 e segs.; Orlando Gomes, *Direito de Família*, n°s 8 e segs.; Pontes de Miranda,

Direito de Família, §§ 1º e segs.; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*,

n° 104 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, §§ 47 e segs.;

Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, v. I, 1.645 e segs.; Bonnecase,

La Philosophie du Code Napoléon Appliquée ou Droit de Fantile; Jean Carbonnier,

Droit Civil, v. I, n° 1 ; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*,

v. I, 685 e segs.; Enneccerus, Kipp y, Wolff, *Tratado, Derecho de Família*, v. I, §

1º; De Page, *Traité Élémentaire*, v. I, 536 e segs.; José Arias, *Derecho de Família*,

ps. 15 e segs.; Antonio Cicu, *Derecho de Família*, Trad. de Santiago Sentís Melendo, ps. 109 e segs.

368. Conceito de Família

A plurivalência semântica é fenômeno normal no vocabulário jurídico. Já o temos salientado em oportunidades diversas, mesmo em referência a esta província juscivilista. (1)

Ao conceituar a família, sobe de ponto a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Na largueza desta noção, os civilistas enxergam mais a figura da romana Gens ou da grega Genos do que da família propriamente dita. (2)

- 1 Caio Mário da Silva Pereira, Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilegítima.
2 Clóvis Beviláqua, Direito de Família, § 1º; Pontes de Miranda, Direito de Família. § 1º; Carbonnier, Droit Civil, n° 1.

A verdade é que, desta sorte considerada, a família pouca importância apresenta como organismo jurídico, pela ausência de efeitos imediatos, embora conserve sentido sentimental e revele prestígio social, assim entre os mais abastados quanto entre os mais humildes, que não deixam por este meio de exibir a sua importância. Por isso mesmo, e no extremo oposto, é às vezes considerada como o conjunto de pessoas unidas pelos laços do casamento e da filiação (3) ou como a define Enneccerus, "o conjunto de pessoas ligadas pelo parentesco e, pelo casamento". (4) Durante séculos, fora ela um organismo extenso e hierarquizado; mas, sob a influência da lei da evolução, retraiu-se, para se limitar aos pais e filhos. (5)

Mais reduzida numericamente, porém mais rica de conseqüências, é a família quando considerada em relação: a) ao princípio da autoridade: b) aos efeitos sucessórios e alimentares; c) às implicações fiscais e previdenciárias.

Na verdade, em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca.

Em razão dos efeitos sucessórios, a família somente compreende as pessoas chamadas por lei a herdar umas das outras. Assim considerada, ora se amplia, ora se restringe, ao sabor das tendências do direito positivo, em cada país e em cada época. Compreende os parentes em linha reta (ascendentes ou descendentes), e estende-se aos colaterais, convocando os mais afastados quando já chegou o nosso direito ao sexto grau (edição do Código Civil original, art.1.612), ou dispensado os demais para enxergar apenas o segundo (Decreto-Lei n° 1.907, de 26 de dezembro de 1939, art. 1º). Atualmente, a vocação hereditária enumera os

parentes em linha reta "in infinitum", e os colaterais até o quarto grau (Código Civil,

art.1.617, na redação do Decreto-Lei no 9.461, de 17 de maio de 1946, art. 2º.)

Os efeitos alimentares acompanham, em certo passo, os sucessórios, considerando-se na família, sob tal aspecto, os ascendentes, os descendentes e os irmãos (Código Civil, arts. 397 a 399).

Por tudo que representa, a família é universalmente considerada a "célula social por excelência", conceito que, de tanto se repetir, não se lhe aponta mais a

autoria. (6)

Um livro moderno não pode omitir a concepção da família para efeitos fiscais e previdenciários, porque se tornaram uma realidade jurídica de nosso

3 Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Flémentciire de Droit Civil*, n° 1 .646.

4 Enneccerus, *Kipp v Wolff*, *Tratado, Derecho de Família*. v. I. § 1º.

5 Julien Bonnetcase, *La Philosophie de Code Napoléon*, p. 11.

6 Cf. Mazeaud. *Mazeaud et Mazeaucl*. N° 689.

15

A FAMÍLIA

tempo, desconhecida antes: as leis fiscais, especialmente em referência ao imposto sobre a renda, consideram a família restrita ao marido, à mulher, aos filhos enquanto menores (salvo se inválidos ou se freqüentam a universidade às expensas paternas, até a idade de 24 anos), e às filhas enquanto solteiras. Para os mesmos efeitos todavia, equipara o menor que viva sob a dependência econômica do contribuinte, o ascendente inválido nas mesmas condições, os filhos ilegítimos residentes fora do ambiente doméstico, se pensionados em virtude de condenação judicial.

Para efeitos previdenciários, considera-se a família reduzida ao casal, filhas solteiras e filhos até os 18 anos. Mas inclui-se a companheira do trabalhador.

No desenvolvimento, ainda, do conceito de família, tem de estar presente uma classificação, hoje superada, que se liga mais intimamente à qualificação dos filhos, e, por metonímia, distingue a família legítima, que tem por base o casamento; a ilegítima, originária das relações extramatrimoniais; e a adotiva, criada pelas relações oriundas da adoção tradicional ou da legitimação adotiva, mais recente e mais ampla. Não é, porém, harmônica a aceitação do conceito de "família natura". Ao revés, muitos a repelem, mitos negam sua existência, sustentando mesmo que é a necessidade de proteção da família legítima que inspira recusar regulamentação a uma "família de segunda zona". Esta concepção desapareceu em razão do art. 226, § 6º, da Constituição.

Demais disso, a família não tem suas normas somente no direito. Como organismo ético e social, vai hauri-las também na religião, na moral, nos costumes, (8)

sendo de assinalar que a sua força coesiva é, antes de tudo, um dado psíquico. (9)

A família, como conjunto, não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas.

A observação é de tal monta que suscitou em alguns autores este reparo, quanto ao direito francês: embora discipline em minúncia os direitos de família, o Código Napoleão não menciona o vocábulo nem ao menos na designação de

títulos e capítulos, senão para qualificar o "conselho de família", no propósito de

remediar a destruição parcial dela, pelo fato da morte de um dos pais. (10)

No direito brasileiro atual descaberia, entretanto, o comentário, dado que todas as Constituições, desde 1934, referem-se-lhe em título especial como em cânon próprio, pelo qual revelam o propósito de considerá-la um organismo. E na verdade, a família é um organismo social (11) e um organismo jurídico, como na Introdução deste volume já explicamos.

7 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons, v. I, n° 918.

8 Ruggiero e Maroi, Istituzioni, v. I, § 47.

4 Antonio Cicu, Derecho de Família. p.110.

10 René Savatier, Le Droit. L'Amour et la Liberté. p. 14; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons. v. I.n° 685.

11 Sá Pereira. Lições de Direito de Família. Cap. II.

Não falta, mesmo, quem lhe defenda a atribuição de personalidade jurídica e a titularidade como tal de direitos próprios (12). A sugestão encontra bons defensores

na primeira linha dos civilistas modernos (13).

Parece-nos, porém, inaceitável a tese. Não tanto em razão do silêncio legislativo, pois que poderia ser este quebrado com uma alusão expressa de "iure

condendo". Mas, principalmente, porque a personificação da família desfiguraria a sua imagem, já que na vida de relação a família não procede por direito próprio

e como órgão autônomo, senão que se organiza em razão de seus membros e opera através da atuação deles, individualmente considerados. Em contrário à personificação

da família, muitos se inscrevem.

Não obstante a acesa polêmica em torno do que seria a organização originária da família, como se há de ver em seguida (n° 369, infra), a família é "organismo jurídico" (Cicu) ou um organismo natural, no sentido evolutivo. Mais particularmente o é neste outro, de um agrupamento que se constitui naturalmente

e cuja existência a ordem jurídica reconhece (15). Com tal sentido a Constituição

Federal proclamou-a base da sociedade, com especial proteção do Estado (art.226).

369. Origem e Evolução da Família

Quem rastreia a família em investigação sociológica, encontra referências

várias a estágios primitivos em que mais atua a força da imaginação do que

comprovação fática; mais prevalece a generalização de ocorrências particulares

do que a indução de fenômenos sociais e políticos de franca aceitabilidade.

As obras de Mac Lennan, Morgan, Spencer, Engels, D'Aguano, Westermarck,

Gabriel Tarde, Bachofen, com base em monumentos históricos ou na observação dos chamados "primitivos atuais" (as tribos indígenas da América,

os grupos polinésios ou africanos, os agrupamentos étnicos que no século XIX e

ainda no XX cultivam um padrão de vida rudimentar ou quase selvagem), procurado reconstituir o organismo familiar em suas origens. Oferecem dados

inequivocamente valiosos. Mas pecam, às vezes, pelas afirmações generalizadas

que afrontam os mais vivos impulsos da natureza humana.

Não obstante a inegável autoridade dos que a sustentam, não é de todo imune

às críticas a ocorrência de uma pretensa promiscuidade originária, defendida por

12 René Savatier, "Les Metamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil

d'Aujourd'hui, n.º 110; Savatier, "Une Personne Morale Méconnue: la Famille en

tant que Sujet de Droit", in Dalloz Périodique, 1939, 49.

13 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, ob. cit. N.º 688.

14 Sá Pereira, ob. cit.; Orlando Gomes, Direito da Família, n.º 7; Enrique Dias de Guíjarro.

Tratado de Derecho de Familia, v. I, p.412; Dabin, Philosophie de l'Ordre Juridique Positif;

Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, n.º I .656: Planiol et Ripert, Traité Pratique.

v. II, n.º 8- bis; Colin et Capitant, Cours de Droit Civil. v. I. n.º 1.296.

15 Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire. v. I, n.º 1.648; Antonio Cicu, Derecho de

Família. p.117

Mac Lennan e Morgan, em que todas as mulheres pertenceriam a todos os homens. Tal condição é incompatível com a idéia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie.

Na mesma linha de promiscuidade, inscreve-se o tipo familiar poliândrico, em que ressalta a presença de vários homens para uma só mulher, (16) ou ainda o do matrimônio por grupo, caracterizado pela união coletiva de algumas mulheres com alguns homens (17).

Mais racional seria aceitar como originária a idéia da família monogâmica, defendida por Ziegler, Starck, Darwin, Westermarck.

Mesmo aí a controvérsia não se extingue.

Com efeito, não faltam referências a que a família haja passado pela organização matriarcal, que não se compadece, contudo, com a proclamação de

que foi estágio obrigatório na evolução da família. Pode ter acontecido eventualmente

que em algum agiupamento a ausência temporária dos homens nos misteres da guerra ou da caça haja subordinado os filhos à autoridade materna, que assim a investia de poder. Ou pode supor-se (como o faz Westermack, com base em costumes observados em primitivos atuais) que a certeza da maternidade foi erigida em elemento determinante das relações de parentesco (irmãos uterinos, especialmente), desprezando-se ou relegando-se a plano secundário o parentesco na linha masculina (18).

Mas aceitar como certa a existência de um tipo de família preenchendo todo um período evolutivo, no qual à mulher estaria reservada a direção do lar, parece realmente pouco provável.

Fato certo e comprovado, este, sim, pelos registros históricos, pelos monumentos

literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu largo período sob a forma patriarcal. Assim a reconheceram as civilizações mediterrâneas.

Assim a divulgou a documentação bíblica. E nós, herdeiros intelectuais da civilização romana, encontramos-na documentada nas pesquisas históricas de Mommsen e Fustel de Coulanges, ou referida nos depoimentos de Aulo Gélcio e Tito Lívio. Ressalta ainda hoje o tônus emocional com que Cícero alude à figura valetudinária de Appius Claudius, que dirige os seus com a plena autoridade de um patriarca autêntico, não obstante a idade avançada e a quase-cegueira. As regras fixadas através dos tempos, desde época anterior ao Código Decenviral até a codificação justinianéia do VI século, dão testemunho autêntico dessa tipicidade familiar.

Acompanhando as referências mais literárias do que documentais de Fustel de Coulanges, as pesquisas monumentais de Mommsen e Marquardt, a reconstituição

16 Spéncer, Principes de Sociologie, v. II, p. 264.

17 Engels, Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, p. 52.

18 Westermarck, Storia del Matrimonio Umano, ps. 7 e segs.

valiosíssima e sempre atual de Rudolph von Jhering, a poderosa reconstituição de Bonfante, e valendo-nos ainda da contribuição de romanista e historiadores outros, retratamos a família romana como padrão no tipo institucional desse organismo no ocidente, particularmente tendo em vista que a família brasileira no século passado muito se lhe assemelhava, como neste século ainda os costumes interioranos dela guardaram marcadas reminiscências (19).

Em Roma, a família era organizada sobre o princípio da autoridade (20) e abrangia quantos a ela estavam submetidos, como afirmava Ulpiano, ao destacar dentre numerosos outros conceitos de família: *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate, aut natura, aut iure subiectae, utputa partefamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur utputas nepotes et neptes et deinceps* (Digesto, Livro 50 Título VI, fr. 195, § 3º.)

O *parter* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava,

oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia "*in loco filiae*", totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por "*capitis deminutio*" perpétua que se justificava "*propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*". Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Somente o pater adquiria bens, exercendo a "*dominica potestas*" (poder sobre o patrimônio familiar) ao lado e como consequência da "*patria potestas* (poder sobre a pessoa dos filhos) e da "*manus*" (poder sobre a mulher).

A família era organizada em função da idéia religiosa, descrevendo Fustel de Coulanges como se o tivesse pessoalmente visto, congregar-se a família várias vezes ao dia em torno do altar doméstico, para invocar e propiciar os deuses lares (21). O poder do Império Romano nasceu de tal organização.

Mas, com o tempo, arrefeceram estas regras severas: conlieceu-se o casamento "*sine manu*"; as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos, constituídos pelos bens adquiridos como soldado (*peculium castrense*), pelos que granjeavam no exercício de atividades intelectuais, artísticas ou funcionais (*peculium quase castrense*), e pelos que lhe vinham por formas diversas desses (*peculium adventicium*).

19 Mommsen e Marquardt, *Manual des Antiqués Romaines*, v. XIV, *La Vie Privée des Romains*, ps. 3 e segs.; Fustel de Coulanges. *La Cité Antique*. ps. 42 e segs.; Bonfante. *Istituzioni di Diritto Romano*, ps. 136 e segs.; Von Jhering. *L'Esprit du Droit Romain*. v. II. Seção III: Cândido de Oliveira, *Manual Lacerda*. v. V. p.7.

20 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 48.

21 Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, p. 39.

22 Mazeaud. *Mazeaud et Mazeaud. Leçons*. v.1, n° 694.

A partir do século IV, com o Imperador Constantino, instala-se no Direito Romano a concepção cristã da família (23), na qual as preocupações de ordem moral predominam, sob inspiração do espírito de caridade (24).

Por outro lado, impondo-se o direito da cidade com maior vigor, sobrepôs-se ao doméstico, e sacrificou em parte a autoridade do paterfamilias.

Mas, em todo tempo, sobrevivendo mesmo à codificação de Justiniano, a organização da família romana conservou-se autocrática, muito embora já se positivasse no sexto século a decomposição da família romana primitiva, como igualmente a da família germânica (*Sippe*) já a esse tempo se iniciara (25).

Na sua evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. Recolheu, sobretudo, a espiritualidade cristã, reduzindo-se o grupo familiar aos pais e filhos, e assumiu cunho sacramental (26). E veio revestir no direito moderno outras características. Substituiu-se a organização autocrática uma orientação democrático-efetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. As relações de parentesco permutaram o fundamento político do "agnatio" pela vinculação biológica da consangüinidade (cognatio).

O pai exerce o pátrio poder no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito). A expressão poder marital já se considera um eufemismo vazio do antigo conteúdo. Os filhos podem adquirir bens, que, em sua menoridade, são administrados e usufruídos pelos pais. A mulher forma seu patrimônio reservado, de que o marido não pode dispor, e ainda tem a faculdade de defender a sua parte no acervo comum, contra os credores do marido. Cooperava na administração do lar, repartindo com ele as decisões e as responsabilidades.

Há uma concepção nova de família, que se constrói em nossos dias. Fala-se na sua desagregação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família (27). Não há tal. Um mundo diferente imprime feição moderna à família. Não obstante certas resistências (28) e embora se extingam os privilégios nobiliárquicos, a família ainda concede prestígio social e econômico, cultivando os seus membros certo orgulho por integrá-la. Recebe inequívoca proteção do Estado, que intervém cada vez mais e na medida em que os poderes privados declinam (29).

23 Irrnãos Mazeaud, n° 694.

24 Gabriel Lepointe. La Famille dans l'Ancien Droit. p. 7.

25 Enneccerus, loc. cit.

26 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, loc. cit.

27 De Page. Traité Élémentaire, v. I. n° 534.

28 Planiol et Ripert, Traité Pratique. v. II. p. 3.

29 Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, n° 1.654.

As relações familiares foram necessariamente atingidas: entre pais e filhos, entre os diversos membros do grupo familiar. Desapareceu a organização patriarcal, que vigorou no Brasil por todo o século passado, não apenas no direito, mas sobretudo nos costumes. O pai, como um pater romano, exercia autoridade plena sobre os filhos, que nada faziam sem a sua permissão. Escolhia-lhes a profissão elegia o noivo da filha, estava presente em toda a vida de uns e de outros, a cada momento.

Modernamente, o grupo familiar se reduz numericamente. A necessidade econômica ou a simples conveniência leva a mulher a exercer atividades fora do lar, o que enfraquece o dirigismo no seu interior. Problemas habitacionais e de espaço, e atrações freqüentes exercem nos filhos maior fascínio do que as reuniões e os jogos domésticos do passado. Nos meios menos favorecidos de fortuna, os menores começam muito cedo a trabalhar, seja em empregos regulares, seja em serviços eventuais e pequenos expedientes.

Desta sorte, diminui necessariamente a coesão familiar. O menor adquire, muito jovem, maior independência, deixando de se exercer a influência parental

na sua educação.

Obviamente, surgem e crescem problemas sociais. Levanta-se em nosso tempo o mais grave de todos, que é o referente à infância abandonada e delinqüente, o da juventude que procura no uso das drogas uma satisfação para anseios indefinidos.

Tudo isso suscita novo zoneamento de influências, com a substituição da autoridade paterna pela estatal. Mas, em contrapartida, a família necessita maior proteção do Estado, Constituição, art. 226, e tanto mais adiantado um país, quanto inais eficiente esta se faz sentir.

Houve, pois, sensível mudançanos conceitos básicos. A família modifica-se profundamente. Está-se transformando sob os nossos olhos. Ainda não se podem definir as suas linhas de contorno precisas, dentro do conflito de aspirações. Não se deve, porém, falar em desagregação, nem proclamar-se verdadeiramente uma crise. Como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização.

Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homem e mulher com "entidade familiar" (Constituição, art. 226, § 3º.), a qual será examinada com o no 372-A, infra.

371. Natureza e Taxinomia do Direito de Família

Para se situar bem o Direito de Família e caracterizá-lo devidamente cumpre reportarmo-nos de início à divisão clássica do Direito nas duas grande categorias: Direito Público e Direito Privado, já desenvolvida e explicada (v. nº. 3, supra, v. I).

Província do Direito Civil, e parte do Código Civil, o Direito de Família ter ocupado sempre posição destacada no Direito Privado. E constitui o complexo

de normas disciplinares das relações de família, isto é, das que se passam entre pessoas ligadas pelo parentesco e pelo casamento.

No seu conjunto, as normas que compõem o Direito de Família, embora destinadas a regularas relações entre pessoas integradas no agrupamento familiar, costumam ser reunidas pela sua mais íntima proximidade, formando os institutos do casamento, da filiação, do pátrio poder, da tutela, da curatela e da ausência, como se verá em seguida (nº 372, infra).

Publicização. Uma tendência de certos doutrinadores vem-se observando, contudo, no rumo de retirar do Direito Privado o Direito de Família, para classificá-lo como ramo do Direito Público. A razão desta tendência é assinalada pela observação de que nas relações jurídico-familiares há predominância acentuada de princípios de ordeni pcíhlica, cuja conceituação genérica já se fez nesta obra (v. nº. 3, supra, v. I). No tocante à predominância da ordem pública, a observação é procedente. À vista da importância social de sua disciplina, a maioria das normas jurídicas constitutivas do Direito de Família acusa a presença de preceitos inderrogáveis impostos como "ius cogens" à obediência de todos, chegando mesmo a caracterizar-se antes como deveres do que como direitos. Paralelamente, conservam outros a natureza de regras supletivas.

Tendo em vista o seu conteúdo intrínseco, alguns dos princípios integrantes do Direito de Família, pelo tipo pessoal das relações que têm em vista, entre os cônjuges, entre pais e filhos, entre parentes consangüíneos ou afins - formam o que se convencionou denominar direitos de família puros. Outros traduzem

relações nitidamente patrimoniais, como efeitos diretos ou indiretos dos primeiros, e se assemelham às relações de cunho obrigacional ou real, cuja preceituação atraem e imitam.

Levados por tais considerações, ou mesmo pelo gosto das novidades, é que alguns escritores sustentam o deslocamento de todo o Direito de Família para a grande província do Direito Público (30). Outros não chegam tão longe, mas lhe recusam praça no Direito Privado, preferindo qualificá-lo como um direito especial ou "sui generis", o que, em verdade, nada significa.

Não cessando aí a controvérsia, pode-se inscrever neste grupo o seu enquadramento como direito social (Lehmann).

Outros enxergam na predominância dos princípios da ordem pública um caráter institucional: relações jurídicas nascem de atos voluntários (casamento, adoção, reconhecimento de filho), os quais são submetidos às regras gerais dos atos jurídicos, mas a vontade não se manifesta senão na sua realização, pois que os respectivos efeitos são somente aqueles prestabelecidos na lei.

Sem o propósito de polemizar a questão, pois reconhecemos não faltarem ao Direito de Família peculiaridades marcantes, entendemos todavia que o seu

30 Savatier, Du Droit Civil au Droit Public, ps. 19 e segs.

31 Planiol. Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, nº I .651.

lugar é mesmo no Direito Privado e a sua classificação certa no Direito Civil, dado o tipo de relações jurídicas a que visa disciplinar.

É certo que não se trata de relações idênticas às demais do Direito Privado, e se o afirmássemos incorreríamos em justificada crítica. Não se pode negar que alguns institutos que se desenvolvem no Direito Civil não suportam a transposição para o Direito de Família sem mudanças profundas, ou, ao menos, sem determinadas ressalvas quanto à técnica de aplicação, como assimilaremos em minúcia cada vez que se torne mister acentuar a diversificação.

Com estas conotações, que às vezes assumem a condição de reservas doutrinárias marcantes, entendemos que o Direito de Família conserva a caracterização disciplinar do Direito Privado, e não desgarra da preceituação do Direito Civil. No estado atual da ciência civilista, é aí que ainda há de permanecer, embora recolhemos nele a presença constante de preceitos de ordem pública.

372. Os Institutos do Direito de Família

Pelo seu conteúdo e pela sua finalidade imediata, as formas, que compõem o Direito de Família ocupam lugares que não se revelam muito distintas ou destacadas, mas ao revés se interpenetram, pelas diretrizes e pelos efeitos respectivos,

embora tendam a reunir-se. Não chegam, obviamente, a formar compartimento estanques. Mas podem identificar-se quando teleologicamente consideradas.

Conforme, pois, a sua finalidade ou o seu objetivo, essas normas ora regulam as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes

ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das relações assistenciais, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos frente aos pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador.

Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais - são os três setores em que o Direito de Família atua, ou as três faixas por que as respectivas "regulae iuris" se distribuem.

Na sua seriação, contudo, as ditas regras não se ordenam assim. Ao revés, lado a lado, se emparelham relações patrimoniais e pessoais, relações assistenciais e patrimoniais, relações pessoais e assistenciais. Desobedecendo ao necessário rigor lógico, se o código ou o livro de exposição doutrinária as apresentasse em razão da predominância pessoal, patrimonial ou assistencial.

Mais técnico, mais científico e mais lógico é o critério predominante em nosso e alheio direito, propondo o agrupamento das normas em função das finalidades imediatas, que as polarizam mais em torno das pessoas a que se destinam do que em decorrência do tipo específico das relações procuradas. Mais

correto do que abrir seções para os preceitos que cuidam de todas as relações pessoais entre cônjuges e entre parentes, ou de relações patrimoniais em conjunto, é ordená-la no que se refere a cada complexo especialmente considerado.

Deste ângulo de visada, é que se destaca os institutos do Direito de Família: o do casamento, da filiação, do pátrio poder, da tutela, da curatela, dos alimentos, da ausência.

O instituto do casamento é o primeiro na ordem cronológica, pela sua importância, pela sua abrangência e pelos seus efeitos. É o casamento que gera as relações familiares originariamente. Certo é que existe fora do casamento, produzindo consequências previstas e reguladas no Direito de Família. Mas, além de ocuparem plano secundário, e ostentarem menor importância social, não perdem de vista as relações advindas do casamento, que copiam e imitam, embora as contrastem freqüentemente. A preeminência do casamento emana substancialmente de que origina ele as relações havidas do casamento, como a determinação dos estados regulares e paragonais que, sem excluírem outros, são os que a sociedade primordialmente considera, muito embora a Constituição de 1988 tenha proibido quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º).

Neste ponto, insinua-se a indagação se existe um organismo que se possa qualificar como família natural em contraposição à família consanguínea. Há, sem dúvida, relações familiares fora do casamento, compreendendo aquelas três faixas acima referidas - pessoais, patrimoniais e assistenciais. Não se encontra, todavia, no Direito Positivo, um organismo familiar extramatrimonial.

O casamento é, pois, o centro e, conseqüentemente, o foco de onde irradiam as normas básicas do Direito de Família. Ele é estudado em todos os seus aspectos: conceituação, formalidades antecedentes, concomitantes e subseqüentes à sua celebração.

Do casamento nascem relações entre os cônjuges, com a imposição de recíprocos deveres e de mútuos direitos. Dele provêm relações patrimoniais que, a seu turno, chegam a constituir verdadeiro instituto, que é o dos regimes de bens

entre cônjuges: de comunhão universal, de separação total ou parcial, ou ainda o dotal.

No instituto do casamento cabem as regras relativas à sua eficácia ou ineficácia: inexistência por falta de pressupostos fáticos, nulidade e anulabilidade, além do problema ligado à dissolução da sociedade conjugal, com o divórcio a vínculo e a separação.

Cada uma das matérias, pela riqueza normativa, chega a erigir-se em outros tantos institutos, e a constelação destes amplia-se, fazendo do casamento mais uma instituição, e como tal considerado.

Outro centro de relações que no Direito de Família assume importância e significação excepcionais é o instituto da filiação, não faltando justificativa para que se proclame que em derradeira análise todo o Direito de Família deve objetivar principalmente a condição jurídica dos filhos. Confrontados estes com

o estado dos pais relativamente ao casamento, decorriam as qualificações conseqüentes;

filiação legítima, filiação ilegítima, filiação adotiva, com as subqualificações

respectivas, que especificavam a legitimação pelo subsequente matrimônio dos pais; a condição dos filhos simplesmente naturais, os incestuosos

e os adúlteros; a adoção simples ou adoção plena, todos equiparados pela

Constituição de 1988, que proíbe as designações discriminatórias.

Paralelamente às qualificações ligadas aos filhos, vêm os complexos legais

referentes à contestação para o caso dos que assumem um status a que não têm

direito; e a investigação de maternidade ou paternidade, em favor dos que reivindicam uma situação jurídica que lhes deve ser reconhecida.

Em desdobramento da filiação e constituindo outros tantos complexos de normas, ocorrem aqueles institutos de proteção ou assistência, desdobrados em

três classes: pátrio poder quanto aos filhos subordinados à autoridade paterna e

materna; tutela dos menores que se sujeitam à de pessoas que não são os seus

genitores; e a curatela, que não se relaciona com o instituto da filiação, mas

encontra guarida no Direito de Família pela semelhança ou analogia com o sistema assistencial dos menores, embora tenha particularmente em vista a assistência aos psicopatas.

O problema relativo à concessão de nlineiitos encontra desate no Direito

de Família, quer nas relações entre cônjuges, quer entre parentes, na linha reta ou colateral.

Finalmente, também procura abrigo no Direito de Família, por motivos de

ordem tradicional, o instituto da ausência, que é modalidade particular de

assistência aos interesses de quem abandona o próprio domicílio, sem que se lhe

conheça o paradeiro e sem deixar representante.

Foi a distribuição das relações jurídico-familiares pelas províncias que

agrupam os seus institutos, que orientou a divisão deste livro em três partes: do

matrimônio, do parentesco e filiação: da assistência e proteção.

372-A. Inovações Constitucionais

Autores, como Savatier, (repetimos aqui o que assinalamos páginas acima)

mani festam sua estranheza pelo fato da palavra "família" estar ausente em Código

Napoleão. (Le Droit, l'Amour et la Liberté, p. 14, citado acima.) Nosso Direito

não comete igual pecado.

Não abriga, todavia, a tese de se atribuir personalidade jurídica à "Família".

Desenvolve os institutos que compõem esta província juscivilista, sem contudo

reconhecer-lhe personalidade autônoma.

Em todo tempo a ordem jurídica estabeleceu o dever de assistência à família,

nas pessoas que compõem esse agrupamento social. Os institutos do pátrio poder

e da tutela sempre tiveram acolhida em nosso e nos alheios sistemas jurídicos.

Igualmente tem merecido atenção o direito aos alimentos na ordem familiar.

Tais propósitos são presentes nas disposições do Código Civil, ao cogitar das relações

dos cônjuges entre si, e bem assim dos deveres dos pais para com os filhos. O mesmo sentido assistencial inspira o Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que se intitulou como "Lei de Organização e Proteção da Família". O mesmo propósito comparece no Código de Menores, promulgado pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, em substituição ao anterior vindo de 1927. Propósito tipicamente assistencial anima a Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, que cogitou do dever natural de sustento aos filhos menores e inválidos (Yussef Said Cahali, Dos alimentos, p. 361; João Claudino de Oliveira e Cruz, Dos Alimentos no Direito de Família, nº 54).

A Constituição Federal de 1988 abriu horizontes ao instituto jurídico da família, que mereceu sua atenção em três pontos relevantes: "entidade familiar", planejamento da família e assistência direta à família (art. 226, §§ 3º a 8º).

Sobre o "planejamento familiar" já nos referimos na Introdução, ilustrado com numerosas autoridades ali invocadas. Ao que nessa passagem foi dito, acrescentamos que a nova Carta enfrentou o problema no propósito de dirimir contenda até então existente entre os que são favoráveis, e os adversários da "limitação da natalidade". E o fez fundado nos princípios da dignidade humana

e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Levou, portanto, em consideração o crescimento populacional desordenado, entendendo, todavia, que cabe à decisão livre do casal a escolha dos critérios e dos modos de agir, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou particulares (art. 226, § 7º). Cabe

à legislatura regulamentar o preceito, e aos organismos privados ou públicos orientar, esclarecer e cooperar. Trata-se de inovação relevante, a ser devidamente desenvolvida sob aspecto jurídico como técnico-científico.

No tocante à assistência direta à família, dirige sua bússola, enfrentando o desafio de milhões de brasileiros que vivem em condições do que a UNESCO qualifica de "miséria absoluta". Com base nesta norma constitucional (art. 226, § 8º) incumbe a todos os órgãos, instituições e categorias sociais conscientes, envidar esforços e empenhar recursos na sua real efetivação.

Das três inovações, a que tem despertado maior interesse, suscitando mesmo certas divergências polêmicas é a que se contém na disposição do § 3º do mencionado art. 226, nestes termos: "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".

A polêmica já esboçada trava-se entre a idéia de se reconhecer a qualquer união, entre pessoas de sexo diferente, a equiparação ao casamento, constituindo uma "entidade" própria. De outro lado não faltam os que consideram que a denominada "entidade familiar" nada mais é que uma forma do Legislador Constituinte definir o concubinato.

A primeira tese é insustentável, nos termos do próprio inciso constitucional. Com efeito o § 3º do art. 226 considera a existência da união entre homem e mulher, estatuidando que, se dotada de estabilidade, a lei "facilitará" a sua "conversã

em casamento". É óbvio que, se ao legislador compete editar regras neste sentido, está simultaneamente negando à entidade familiar a condição de status nupcial por mais longa que seja a sua duração e por mais que esteja consolidada.

A assimilação ao concubinato encontra melhor defesa. O § 4º alude à união formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sem cogitar da natureza da filiação. E ao dispor dessa maneira, é de se recordar que o § 6º do art. 227, põs abaixo qualquer designação discriminatória entre filho de qualquer natureza.

Cabe, portanto, à legislatura tomar o conceito constitucional da "entidade familiar", com as características mencionadas, isto é, ser estável e duradoura, para

lhe atribuir os caracteres do concubinato (os quais serão objeto do desenvolvimento

feito em o nº 413, infra) para lhe atribuir os efeitos de proporcionar facilidades ao reconhecimento de paternidade.

O assunto tem despertado o maior interesse. Três projetos de leis tramitam pelo congresso, sem que até o momento haja consenso para a definição de seu conceito.

Este preceito, na sua generalização, compreende toda espécie de conceitos, que devem orientar toda a relação dos cônjuges, como a destes com os filhos. Não se trata, evidentemente, de extinguir os institutos já consagrados anteriormente. O de que se cogita é de, através de legislação mais abrangente e adequada, o Estado estatuir medidas que visem à proteção ao campo da família, e que tenham por objeto mais desenvolvido programa de assistência à família nos três estágios:

relações entre homem e mulher; relações destes com os filhos; deveres do Estado para com todas as pessoas abrangidas no contexto familiar.

Das "inovações constitucionais" no Direito de Família destacam-se ainda a plena igualdade jurídica dos cônjuges; a abolição da desigualdade dos filhos; o reconhecimento dos filhos havidos de relação extramatrimonial; a reforma do pátrio poder; a colocação em família substituta (adoção ou tutela) - tudo isto será

objeto de detidos estudos nos lugares apropriados.

Em razão, portanto, das profundas modificações introduzidas no Direito de Família, e em consequência das mutações legais e constitucionais, tivemos de efetuar profunda revisão em alguns capítulos, notadamente: Capítulo XCI: Parentesco Legítimo; Capítulo XCII: Parentesco Ilegítimo; Capítulo XCIII: Parentesco Civil; Capítulo XCIV: Pátrio Poder; Capítulo XCV: Tutela; Capítulo XCVI: Curatela; Capítulo XCVII: Alimentos.

372-B. Estatuto da Criança e do Adolescente

Constitui hoje problema grave no mundo inteiro a proteção à criança e ao adolescente. Em 1959 a Organização das Nações Unidas aprovou a "Declaração

Universal dos Direitos da Criança" instituindo a primeira mobilização da consciência coletiva, e despertou o mundo civilizado para esse tema que ocupa o primeiro plano nas reformas sociais contemporâneas. Em sessão realizada aos 20 de novembro de 1989, a Assembléia da ONU aprovou por unanimidade a "Convenção sobre os Direitos da Criança", a qual foi ratificada, pelo Brasil em 1990.

Já antes disto, entretanto, o art. 227 da Constituição de 1988 enunciou princípio programático de proteção, ao dizer que "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". Complementando-o, impõe ao Estado (§ 1º do art. 227) promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitindo a participação de entidades não-governamentais.

Conjugado o princípio do art. 227, § 1º, com o art. 204, desenvolve-se na área da assistência social o conceito da descentralização administrativa, atendendo a que a criança, como todo indivíduo, é muito mais ligada ao Município, que está próximo, de que ao Estado e à União, que se situam em plano remoto, e em alguns casos inacessíveis.

Neste sentido, e em íntima colaboração com esta idéia é o programa de colocação da criança em "família substituta", que supre as deficiências naturais e orgânicas das entidades oficiais no planejamento assistencial (v. nº 414, 414-A, 419-B e 423, infra).

Dando execução a esses propósitos genéricos, foi editada a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispôs sobre o "Estatuto da Criança e do Adolescente".

Este diploma desceu a minúcias em termos de proteção e assistência, além de estabelecer medidas definidoras de direitos; outras de caráter administrativo e ainda de punições, de modo a tornar efetiva a proteção e assistência à criança e ao adolescente.

Nós já tínhamos um Código de Menores em vigor (Lei no 6.697, de 1979) que veio substituir a chamada "Lei Melo Matos", que fora o Código de Menores de 1927.

O novo Estatuto não constitui mera substituição de um Código por outro. Teve em mira transformar a filosofia da proteção e assistência à infância e à adolescência, subordinada a dois conceitos fundamentais.

Ao contrário do Código de Menores que tinha como base a figura do "menor infrator", o Estatuto coloca no epicentro o princípio da "proteção integral" (art. 1º) e adota como técnica assistencial a descentralização, através dos "conselhos", tendo como inovação relevante o "Conselho Tutelar". Não descarta contudo do acesso à Justiça, nos diversos aspectos: preventivo, assistencial e repressivo (cf.

Estatuto da Criança e do Adolescente, estudos sócio-jurídicos sob coordenação da professora Tania da Silva Pereira, editora Renovar, Rio, 1991).

Numa análise de conjunto, ou numa projeção perspectiva, o princípio enunciado no art. 227 da Constituição é a síntese da conceituação internacional dos Direitos da Criança, proclamados pela ONU.

Desenvolvendo o princípio da obrigação alimentar, que já o Código Civil instituiu nos arts. 396 e segs. a Constituição enuncia (art. 229) que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade". Com este preceito, enfatizou a assistência recíproca na família, e destacou especificamente a categoria social dos idosos carentes, que representam parcela ponderável da população.

No prosseguimento do seu discurso, o Estatuto considera, para efeito de seus princípios, que a proteção compreenda como sujeitos de direito (art. 2º): 1) criança é a pessoa até doze anos de idade; 2) adolescente é, em princípio, o menor entre doze e dezoito anos, embora, excepcionalmente, as pessoas entre dezoito e vinte e urn anos.

Desenvolvendo esses conceitos, o Estatuto enuncia os princípios que enfatizam os direitos fundamentais da criança e do adolescente, salientando-se:

1) No primeiro plano o direito à vida e à saúde (arts. 9º a 14), desenvolvendo o que estabelece o art. 6º da Convenção dos Direitos da Criança, assegurando-lhe a sobrevivência e o desenvolvimento: especificamente, assegura-lhe o desenvolvimento

físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade dignidade (Estatuto, art. 3º).

2) Cogita, em seguida, do direito à liberdade e respeito à dignidade (arts. 15 a 18) dentro do qual é de se destacar: a liberdade de locomoção em logradouros públicos e espaços comunitários; a liberdade de opinião e de expressão; liberdade religiosa; a participação na vida familiar e comunitária; a participação na vida política; a integridade física, psíquica e moral; a identidade e autonomia moral, espiritual e material.

3) Cuida do direito à convivência familiar e comunitária (arts. 19 a 53), assegurado o direito de ser criado e educado no seio da própria família, ou de família substituta a, igualdade de todos os filhos biológicos ou por adoção; o

direito ao sustento, guarda e educação.

4) Dá enorme importância ao direito à educação e à cultura, ao esporte e ao lazer (arts. 53 a 59), proclamando direitos e obrigações dos pais e a educação de filhos. Assegura o Estatuto o ensino fundamental obrigatório e gratuito, como consectário do disposto no art. 20, § 1º, da Constituição, e é abrangente de todo tipo de menor e adolescente, independentemente de se abrigar no seio da família (biológica ou substituta).

5) No preparo para a existência adulta volta-se para o direito à profissionalização e à proteção no trabalho (arts. 60 a 69). Mais longe vai do que já se estabelecia na CLT: proíbe o trabalho ao menor de 14 anos (salvo na condição

de aprendiz); proíbe ao menor e ao adolescente toda espécie de trabalho noturno, perigoso, insalubre e penoso, bem como a sua realização em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, moral, psíquico e social. Conjugando o direito ao trabalho com a educação, interdiz o trabalho em horário e local incompatível com a frequência à escola (art. 67).

Reproduzindo o princípio constitucional da presunção de inocência (Constituição, art. 5º, nº LVII) e da segurança (Constituição, art. 5º, nº LIV) ao processo subordinado ao princípio do "devido processo legal" (que foi importado do conceito norte-americano do "due process of law"), o Estatuto (art.134) incumbe à Defensoria Pública a "assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados".

Ao adolescente infrator é assegurada a remissão (art. 126) em atenção às circunstâncias pessoais e sociais que envolveram a prática da infração pelo adolescente, compreendendo a suspensão e até mesmo a extinção do processo.

O em que o Estatuto difere fundamentalmente do Código de Menores de 1979 é no propósito de estabelecer o regime de semiliberdade e internação (arts. 127 e 128), extinguindo o poder normativo que o Código de 1979 assegurava aos Juizes de Menores, efetuado mediante outorga de portarias e provimentos gerais de assistência, proteção e vigilância (Paulo Afonso Garrido, A Criança e o Adolescente - perspectivas da legislação ordinária, p. 39).

O Estatuto admite medidas de internação em casos extremos de inflação cometida mediante grave ameaça e violência à pessoa, no caso de reiteração no descumprimento injustificado da medida anteriormente imposta (Estatuto, art. 122). Em havendo internação, cabe ao Estado "zelar pela integridade física e mental dos internos e adotar as medidas necessárias", cuidando de manter separados dos infratores, os menores não-infratores.

Não sendo a internação o procedimento adequado, o Estatuto institui (art. 118) a medida sócio-educativa da liberdade assistida, para o fim de acompanhar, auxiliar e assistir o adolescente.

Onde o Estatuto introduziu a maior mudança no regime de assistência ao menor e ao adolescente foi com a criação do Conselho Tutelar e Conselhos municipais, estaduais e nacional da criança e do adolescente.

No primeiro plano, o Estatuto coloca o Conselho tutelar (art. 131) como órgão permanente e autônomo, não-jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

É composto de cinco membros, eleitos para mandato de três anos, permitida a reeleição (art. 132) com as atribuições, entre outras, de atender às crianças e adolescentes na omissão da sociedade, do Estado ou da família; encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal

contra os direitos da criança e do adolescente; encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência; representar, em nome da pessoa e da família contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, da Constituição; adotar medidas de interesse da criança e do adolescente, inclusive representar ao Ministério

Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder (arts. 155 segs.). A Lei no 8.242, de 1991, modificou o sistema de eleição do Conselho Tutelar.

Numa total abrangência, o Estatuto assegura à criança e ao adolescente o acesso à Justiça (art.141), prevê a criação da Justiça da Infância e da Adolescência:

cuida da apuração de "ato infracional" atribuído à adolescência; da apuração de infração administrativa (art.194); especifica as funções do Ministério Público; garante a presença da própria criança ou adolescente, seus pais ou representantes, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução de lide em que estejam envolvidos criança ou adolescente, através de advogado, assegurando ainda a prestação de assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem (art. 206).

Ao adolescente será assegurado defensor, e em todos os casos de publicação de atos será respeitado segredo de justiça.

Minuciosa em todos os sentidos a Lei nº 8.069/90 dá cobertura a tudo que envolva a existência social e jurídica da Criança e do Adolescente, desenvolvem uma nova filosofia em que predomina a assistência, e retirando de seu centro o menor infrator.

Capítulo LXXXVIII

CASAMENTO

Sumário: 373. Conceito 374. Natureza jurídica. 375. Caracteres e finalidades. 376. Casamento

civil e religioso. 376-A. Concubinato e união estável. 376-B. Direitos dos companheiros.

Bibliografia: Cândido de Oliveira, Manual Lacerda, v. V, ps. 8 e segs.; Sá Pereira, Lições de

Direito de Família, p. 71 e segs.; Lafayette, Direito de Família, § 8º e segs.;

Direito Clóvis Beviláqua, Direito de Família, §§ 6º e segs.; Pontes de Miranda,

Direito de Família, §§ 7º e segs.; Eduardo Espínola, A Família no Direito Civil Brasileiro,

nºs 8 e segs.; Orlando Gomes, Direito de Família, nºs 18 e segs. ; Julien Bonnecase,

Suplément au Traité de Droit Civil de Baudry Lacantinerie, v.IV, nºs 366 e segs.;

José Arias, Derecho de Família, ps. 67 e segs.; Julien Bonnecase, La Philosophie

du Code Napoléon Appliquée au Droit de Famille, ps. 260 e segs.;

Alberto

Trabucchi, Istituzioni di Diritto Civile, p. 260 e segs.; Alberto Trabucchi, Istituzioni di Diritto Civile, n° 107 e segs.; Ruggiero e Maroi, Istituzioni di Diritto Privato, v. I, §§ 51 e segs.; Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I n°s 730 e segs.; Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado, Derecho de Familia, v.1, § 2º, Jemolo, Il Matrimonio, passim; Ernest Roguin, Traité de Droit Civil Comparé, v. I, Le Mariage, passim; Alexandre Herculanu, Estudos sobre o Casamento Civil; Arturo Carlo Jemolo, Il Matrimonio, ps. 18 e segs.; Francesco Degni, Il Diritto di Famiglia, ps. 3 e segs.; Heinrich Lehmann, Derecho de Familia ps. 43 e segs.; Cunha Gonçalves, Direito de Família e Direito de Sucessões, ps.18 e segs. ; Edgar de Moura Bittencourt, A Família, passim; Gismondi, "Il Matrimonio e la società civile", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1975; Coste-Floret, La Nature Juridique du Mariage, passim; Julien Bonnet, La Philosophie du Code Napoléon et le Droit de Famille, passim; Jean Carbonnier Droit Civil, v. II, n°s 2 e segs.; Henry, Léon et Jean Mazeaud, Leçons v. I n°. 705 e segs.; A. Bowman, Marriage for Moderns, E. Bourbouson, Du Mariage des Regimes Matrimoniaux des Successions dans les Cinq Parties du Monde.

373. Conceito de Casamento

De casamento há numerosas definições que não se limitam às vezes a conceituá-lo, porém refletem concepções originais ou tendências filosóficas. Posto que todos os sistemas o disciplinem, inexistente uniformidade na sua caracterização (1).

1 Jemolo, Il Matrimonio, n° I.

É costume começar pelas que o Direito Romano legou à posteridade. São duas, espelhando os pendores típicos de cada época. A primeira, de Modestino, é do século III e acentua as idéias predominantes no período clássico, dizendo: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio (Digesto, Livro 23, Tít. II, fr. I). Observa-se a referência à perenidade da união (consortium omnis vitae), bem como à comunhão

de direito humano e divino. Com o tempo, todavia, a noção desfigurou-se, desaparecendo a alusão à divindade, bem como a referência à subsistência do vínculo por toda a vida dos cônjuges, ao mesmo passo que aflorava a invocação dos costumes.

E assim foi construída a segunda definição romana, provavelmente elaborada por Ulpiano, consagrada nas Institutas de Justiniano, e depois adotada pelo

Direito Canônico: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum vitae consuetudinem continens.*

O que dominava na concepção romana do matrimônio era mais a idéia de relação jurídica do que de celebração, mais a situação fática da convivência, animada sempre da *affectio maritalis* (3).

O Cristianismo elevou o casamento à dignidade de um sacramento, pelo qual um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual (*caro una, una só carne*).

e de maneira indissolúvel (*quos Deus coniunxit, homo non separet*).

No direito brasileiro, Lafayette o definiu: O casamento é um ato solene pelo

qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida (4).

Sobressai aí o propósito de caracterizar o matrimônio em razão da solenidade do ato, tal como já fizera Savigny, e da indissolubilidade do vínculo.

Igualmente clássica a de Clóvis Beviláqua, posto que extensa, dizendo: O

casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher

se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo

a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e

educar a prole que de ambos nascer (5). Abraça aí o mestre a concepção contratualista, alude francamente às relações sexuais, repete a idéia tradicional

de comunhão de vida, e realça os deveres para com a prole.

Outros não mencionam a natureza do ato, contentando-se com aludir à união

em si mesma, como se lê na definição de Van Wetter, mais elegante do que científica. O casamento é a união do homem e da mulher com fins de

criar uma comunidade de existência (6).

2 Institutas, Livro 1, t. IX, § 1º.; Cãnon 11, De Praesumptionibus.

3 Pacchioni, Corso di Diritto Romano, v. III, p. 320; Jemolo, ob. cit. n.º. 2

4 Lafayette, Direitos de Família, § 8º.

5 Clóvis Beviláqua, Direito de Família, § 6º.

6 Van Wetter, Pandectes. v. V. p. 2

Em nossa e alheia doutrina multiplicam-se as definições, cuja repetição seria enfadonha. O que mais importa é a determinação dos caracteres jurídicos, como elementares de uma conceituação. E isto constitui objeto de um parágrafo especial (nº. 375, infra).

É óbvio que a noção conceitual do casamento não pode ser imutável.

As idéias que convinhão ao povo hebreu do Velho Testamento; que satisfaziam o grego; que agradavam aos romanos; que vigiam na Idade Média; e mesmo as que predominavam no século passado - já não atendem às exigências da nossa geração, que assiste a uma profunda transformação do social, do político e do econômico. E sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de afeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas.

A isto atendendo, e aos caracteres e finalidades matrimoniais desenvolvidos adiante (nº. 375, infra), animamo-nos a defini-lo: O casamento é a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente.

Concubinato. Ao casamento, como instituição social legítima e regular, contrapõe-se

a união livre, mais ou menos duradoura e especialmente o concubinato, cuja quase-estabilidade não deixa de atrair as atenções e despertar os interesses da

ordem jurídica. É óbvio que não gera conseqüências iguais às do matrimônio. Mas não deixa de produzi-las mormente no plano econômico. Os amásios devem-se assistência. A "companheira" é beneficiária dos favores da legislação social e previdenciária. Os filhos têm direito a alimentos e concorrem na sucessão do pai.

O conceito de concubinato e as condições preenchidas para o reconhecimento dos filhos

vão adiante desenvolvidas (nºs 412 e 413), afora a legitimação da prole, se ocorre o subsequente matrimônio dos que vivem juntos (nº 411, infra).

Independentemente desses efeitos indiretos, a união livre é considerada em si mesma pela doutrina moderna, tantas e tão freqüentes vezes tem sido postulada na justiça. O problema é posto geralmente quando ocorre a sua cessação, seja pelo rompimento com o abandono da amásia pelo concubino, seja pela morte deste. Surgem então as ações visando a prestações de natureza econômica: reparação por perdas e danos, pensão alimentícia, partilha de haveres fundada na existência de uma sociedade de fato entre os amantes, remuneração por serviços domésticos. De elaboração jurisprudencial, pode-se dizer que existe hoje uma doutrina mais ou menos assente.

É fora de dúvida que não tem cabimento a indenização à concubina a título de remuneração de gozo sexual, dada a imoralidade que revestiria o pedido limitado ao pagamento do pretium carnis. A repulsa, em nosso e alheio direito, é unânime.

Descabe, igualmente, o direito a alimentos a título de concubinato impuro. Como união livre que é, pressupõe a reserva mental por parte de ambos os amantes de se deixarem quando bem quiserem, desassistindo ao outro a faculdade de pleitear alimentos fundada no abandono ou na terminação das relações pela morte do companheiro (7).

7 Jean Carbonnier. Droit Civil. v. II. Nº. 58; Savatier, Le Droit. L'Amour et la Liberté, p. 138;

Daloz, Nouveau Répertoire, v°. Union Libre; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons, v. I, n° 708.

Tem-se, entretanto, reconhecido direito à reparação, quando ocorre o rompimento abusivo, quando o amásio havia prometido casamento à amante, quando ocorrera a sedução dela, ou mesmo se se trata de assegurar a velhice da antiga amante deixada numa fase da vida em que não mais teria possibilidade de angariar a subsistência pelo trabalho. Haveria aqui uma obrigação natural, convertida em obrigação civil, baseando-se o ressarcimento não na ruptura em si, das relações, porém nas circunstâncias que a revestem (8).

A partilha de haveres adquiridos pelo esforço comum, a título de liquidação de uma sociedade de fato é mais aceita, no pressuposto de que se comprove a sua existência (9), prova esta que pode ser dada por todos os meios, exigindo, contudo, se apure a circunstância de haverem os amantes colocado recursos e esforços em comum para a obtenção dos resultados, bem como se verifique a intenção de participarem um e outro de ganhos e perdas, já que o só fato da vida concubinária é insuficiente para criar a sociedade de fato (10).

Isto, não obstante, é reconhecido como "entidade familiar", para efeito de proteção do Estado à união estável do homem e da mulher, e bem assim comunidade formada entre quaisquer dos pais e seus descendentes, como visto no n°. 372-A, supra. Neste sentido é o artigo 226, § 3° da Constituição de 1988 A Lei no 8.971, de 1994, regulamentou o direito a alimentos e aos direitos sucessórios, na união estável.

374. Natureza Jurídica do Casamento

Se freqüentes são as polêmicas em torno das noções básicas do Direito de

Família, como temos visto nos aspectos até aqui referidos - ponto que sem dúvida

reúne todos os visos de uma "vexata quaestio" é a determinação da natureza jurídica

do casamento, a começar se é um instituto de direito privado ou de direito público (11).

Considerando-o em termos confessionais, a Igreja Católica define-o como

sacramento instituído por Jesus Cristo, e nesta dignidade o trata. Como tal, dotado

de indissolubilidade, passou o matrimônio por fases diversas na doutrina canônica,

de que ressalta a regulamentação provinda do Concílio de Trento (1563), adotada e seguida no Brasil em virtude e por força das Constituições do Arcebispado

da Bahia.

O jurista cuida do casamento como ato civil, disciplinado na lei e estruturado

pela doutrina civilista. Mas nunca deve perder de vista que originariamente foi

sempre um ato religioso em face do cerimonial que o envolve, em todas as seitas

e em todas as épocas (12). Tal caráter sacramental percute necessariamente na sua

- 8 Savatier, loc. cit., Henry Mazeaud. Note Sirey 1952, 2.85 transcrita em Leçons, v. I. p.722;
Carbonnier, ob. cit., p.185; Louis Pettiti, in Condition de l'Épouse et de la Concubine dans la Législation Française, p. 9.
- 9 Súmula da Jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, nº. 380.
- 10 Jean Carbonnier, ob. cit., p. 184; Dalloz, Nouveau Répertoire, v°. Union Libre, nº 12 e segs.;
- Bernard Demain, la Liquidation des Biens des Concubins, p.59.
- 11 Jemolo, Il Matrimonio, nº. 9.

caracterização jurídica, ainda quando focado o matrimônio no plano leigo do direito positivo.

Ligada à variedade das definições, vem naturalmente a diversidade na conceituação. Para Lafayette é um "ato solene", para Sá Pereira é uma "convenção social", para Beviláqua é um "contrato".

Dois correntes, na doutrina ocidental, atraem a maioria das opiniões: a contratualista e a institucionalista.

Para uns, o casamento é uma instituição social, no sentido de que reflete uma situação jurídica, cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos sexos. Dentro da sociedade, a família é um organismo de ordem natural com a finalidade de assegurar a perpetuidade da espécie humana, e bem assim o modo de existência conveniente às suas aspirações e a seus caracteres específicos. Em face disto, o casamento é o conjunto de normas imperativas cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral correspondente às aspirações atuais e à natureza permanente do homem (13).

Independentemente da concepção institucionalista, ainda há os que se insurgem contra a natureza contratual das núpcias, sob fundamento de que, não obstante o consentimento recíproco que as gera (Ulpiano: Nuptias enim non concubitus sed consensus facit), diferem do contrato pela constituição, modo de ser, duração e efeitos (10).

Para outros, o casamento é um contrato, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas. A concepção contratualista originou-se no Direito

Canônico (Cânon 1.012: Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimoniale inter baptizatos). Adotou-a o racionalismo jusnaturalista do século XVIII. Penetrou no Código Francês em 1804, seduziu a Escola Exegética do século XIX, e sobrevive na doutrina civilista do século XX, disputando com certa vantagem as palmas com as demais concepções.

O que no matrimônio deve ser primordialmente considerado é o paralelismo com os contratos em geral, que nascem de um acordo de vontade, e realizam os objetivos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora dos declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica. A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual

12 Planiol, Ripert, et Boulanger. *Traité Élémentaire*. v. I. n°. 733.

13 Julien Bonnacase, *Supplément au Traité de Droit Civil de Baudry-Lacantiniere*, v. IV, n°. 366 e segs.; Julien Bonnacase, *La Philosophie du Code Napoléon Appliqué au Droit de Famille*, p. 260; Hauriou, *Principes de Droit Publique*, p. 203;
Coste-Floret, *La Nature Juridique du Mariage*; Jean Carbonnier, *Droit Civil*, v. II, p. 12;
De Page, *Traité Élémentaire*. v. I, n° 567; Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, v. II,
n° 69: Francesco Degni. *Diritto di Famiglia*, p.7; Antonio Cicu, *El Derecho de Familia*, p.48.

14 Savigny, *Systeme de Droit Romain*,. v. III, § 42; Lafayette, *Direitos de Família*, § 8°; D'Aguano, *Genese e Evoluzione del Diritto Civile*, n°. 97; Ruggiero e Maroi, *Instituzioni di Diritto Privato*, v.I, § 51.

específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. Não é contraditada ainda pelo fato de se não admitir acordo liberatório que, no campo contratual, via de regra, concede às mesmas vontades geradoras da avença o poder de resolvê-la (distrato). O que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio,

é que se trata de um contrato especial dotado de conseqüências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por ele criadas. Particularizando, não é a circunstância de se admitir ou não o divórcio que lhe atribui ou lhe recusa a natureza contratual (15), pois que, em doutrina como em presença do direito positivo, as teses adversas são sustentadas com igual cópia de argumentos, independentemente de se assentar a indissolubilidade do vínculo.

Todos, porém, reconhecem que, se é livre cada um ao escolher o seu cônjuge, a ninguém é concedido o direito de discutir com o celebrante o conteúdo dos direitos e deveres, as regras da dissolução da sociedade conjugal, nem em tempo nenhum impor a resolubilidade do vínculo ou condições à legitimidade dos filhos.

Nesta inconciliável polêmica, que René David considera, entretanto, controvérsia tradicional e estéril (16), não faltou também a opinião eclética ou mista dos

que exigem uma distinção básica: considerado como ato gerador de uma situação jurídica (casamento-fonte), é inegável a sua natureza contratual; mas, como complexo de normas que governam os cônjuges durante a união conjugal (casamento-estado), predomina o caráter institucional (17). Não é destoante desta distinção a que considera o casamento de um lado como ato jurídico (*matrimonium in fieri*) e de outro como relação jurídica (*matrimonium in facto*) - o primeiro tendo em vista a celebração, e o segundo como relação de vida. Ou dizendo-o de outra maneira, mas com o mesmo sentido, se a celebração requer o

concurso dos nubentes, o casamento em si mesmo é, mais que um contrato, um status ou um relacionamento cujos direitos e obrigações são fixados pela lei em vez de sê-lo pelas partes (18).

Como quer que se encare, para alguns chega a transcender do Direito Privado, dado que suas finalidades e sua função tocam diretamente o interesse público (19).

15 Cf. sobre a natureza contratual do matrimônio: Clóvis Beviláqua, *Direito de Família*, § 6º.; Pontes Miranda, *Direito de Família*, § 8º.; Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil*. v. VII. 450; Eduardo Espínola, *A Família no Direito Civil Brasileiro*, nº 12, p. 40; Planiol. Ripert et Boulanger. ob. cit.. nº 755; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Familia*, v. I. § 8º; Jemolo, *Il Matrimonio*, nº 10; Cunha Gonçalves, *Direitos de Família*, p. 20.

16 René David. *Le Droit Français*, nº 30.

17 Mazeaud, Mazeaud, et Mazeaud, *Leçons*, v. I, nº 711; Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, v. II. nº 69.

18 Trabucchi, *Istituzioni*, nº 107; George L. Clark, *Summary of American Law*. Vol. I. p. 140; Herbert F. Goodrich, *Handbook of Laws*, p. 348.

19 Trabucchi. *Istituzioni*, nº 107.

37

CASAMENTO

Sem a mesma repercussão dessas correntes, detêm-se outros em aspectos vários da natureza jurídica do casamento. Vassalli considera-o ato complexo, atendendo a que requer além do concurso das partes, a proclamação do Estado através do celebrante (20). Duguit, seguido de Jèze, transpõe para o direito matrimonial

a classificação dos atos jurídicos ou das fontes de direito a que já aludimos (v. nº 9, supra, v. I) qualificando as núpcias como ato-condição pelo fato de originar-se de uma declaração volitiva que coloca o agente numa condição jurídica impessoal (21).

A Constituição não se define pela natureza jurídica do casamento, imprimindo-lhe,

contudo, a prioridade da constituição da família, muito embora não reconheça a exclusividade, uma vez que cogita da entidade familiar (desenvolvida

em o nº 376-A, infra). Estabelece todavia que é civil e gratuita a sua celebração

(art. 226, §1º.).

375. Caracteres e Finalidades do Casamento

Independentemente da posição adotada em face da sua natureza jurídica (nº 374, supra), reveste-se o casamento de determinados caracteres. Alguns,

universalmente consagrados. Outros peculiares adados sistemas jurídicos. Destacamos a solenidade do ato, a diversidade de sexos, a dissolubilidade.

A - Solenidade. O matrimônio é ato solene. Ainda quando se despe de toda pompa, não abdica de requisitos formais que o retiram da craveira comum dos contratos em geral, para revesti-lo de um ritual completo (v. n° 384, infra).

Os povos antigos celebravam-no em obediência a ritos variegados, ora contendo o simbolismo de uma captura ou rapto, ora a reminiscência de uma compra, ora recordando um tratado de paz formalizado num banquete ou mais modestamente representado na partilha de um bolo e de uma bebida.

O Direito Romano, afora o matrimônio *iure gentium* praticado pelos peregrinos e o "*contuberium*", que era a união dos escravos, conheceu três modalidades de casamento: "*confarreatio*, *coemptio* e *usus*". Mas, a partir do século III, desapareceu a distinção entre o "*matrimonium iure quiritium*" e o casamento "*iure gentium*", depois que a Constituição de Caracalla concedeu direito de cidadania de todos os súditos do Império (22). E no século de Justiniano foi apenas imagem do que vigorava nos antigos tempos (23).

A "*confarreatio*" era o matrimônio patricio, celebrado pomposamente perante o "*Pontifex Maximus*" e o "*Flamer Dialis*", com a presença de 10 testemunhas representando as antigas 10 tribos; partiam os nubentes um pão de flor de farinha (*farreus panis*), pronunciando palavras sacramentais (*ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*).

20 Vassalli. Del Matrimonio, p. 88.

21 Leon Duguit. *Traité du Droit Constitutionnel*, v. I. §§ 30 e segs.

22 Cândido de Oliveira. *Manual Lacerda*, v. V, p. 10.

23 Rugiero e Maroi, *Istituzioni*, v. I. § 51.

Depois acompanhavam todos a esposa à casa do marido (*deductio uxoris in domum Mariti*), passando ela da autoridade paterna (*patria potestas*) à do esposo

(*Manus*).

Ao lado da *confarreatio* (matrimônio de cunho religioso) praticava-se a

coemptio (casamento civil), menos sacramental, posto que solene, representando

uma venda (*ficta venditio*), em reminiscência das práticas adotadas entre as tribos bárbaras, de que remotamente provinha o povo romano.

E, finalmente, conhecia-se e praticava-se o *usus*, casamento plebeu, que

pouco distanciava do concubinato, e tinha por idéia central a posse a consolidar

a situação jurídico-matrimonial pelo decurso de um ano, a não ser que se interrompesse a continuidade da coabitação por três noites consecutivas (*usurpatio*

trinoxium). Sobre o casamento romano, vários autores se detêm (24).

Nos primeiros tempos do Cristianismo, o matrimônio celebrava-se "*solo consensu*",

vale dizer, não era elemento essencial a bênção do pároco, bastando que os

nubentes em consciência se recebessem como marido e mulher. Com o

surgimento dos inconvenientes advindos dos casamentos clandestinos, a Igreja já exigiu, para sua validade, a realização perante o seu ministro, como "testemunha necessária", orientação que o Direito Canônico mantém até hoje (25), desde o Concílio de Trento.

O Direito Civil de todos os povos ocidentais envolve o ato matrimonial numa aura de solenidade, que se inicia com os editais, desenvolve-se na cerimônia e continua na inscrição ou assento próprio.

Sobressai a presença ativa do representante do Estado, que colhe a vontade manifestada de viva voz pelos contraentes e em seguida anuncia e declara o casamento. A tendência à simplificação da cerimônia nupcial, o ambiente pouco solene onde se celebra, às vezes a pressa do celebrante na conclusão do ato, que se observam nas grandes cidades, já foram criticados alhures com certa amargura, e apontados como causa de se lhe não dar a importância que o matrimônio deve ter, na vida social (26).

B - Diversidade de sexos. O ato nupcial não tem em vista a união de duas pessoas quaisquer, porém de duas pessoas de sexo oposto. Os conceitos clássicos romanos (Modestino e Justiniano) já o salientavam (v. n° 373, supra); as nos definições, consideradas igualmente clássicas (Lafayette e Beviláqua), consignaram-no. E todos os civilistas o repetem, assinalando às vezes que não está aí apenas um elemento jurídico, mas um elemento natural do matrimônio (27), relevante, que se não qualifica somente como requisito, porém se erige em

24 Endermann, Einführung, v. II, § 154; Cuq, Les Institutions Juridiques de Romains, v. I, ps. 58-59, e v. II, ps. 85-86; Bonfante, Istituzioni di Diritto Romano, § 58; Fustel de Coulanges, La Cité Antique, p. 41; Arangio Ruiz, Istituzioni di Diritto Romano, p. 446.

25 Degni, Il Diritto di Famiglia, p. 19: De Page, Traité Élémentaire, v.I, n°. 565.

26 Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire. v. I, n° 74 I.

27 Sá Pereira, Lições de Direito de Família, p. 74.

pressuposto fático de sua existência, cuja postergação vai fundamentar a teoria do "casamento inexistente" (v. n° 390, infra). A ordem jurídica não admite o matrimônio de pessoas do mesmo sexo.

C - Dissolubilidade. Este é um caráter do matrimônio, sem cunho universal. Ao contrário, dividem-se os sistemas jurídicos, predominando largamente os que o consagram. Historicamente, todos os povos da antigüidade, que direta ou indiretamente influíram em nosso Direito de Família, admitiram o divórcio. Foi conhecido e adotado no Direito Hebreu (Velho Testamento), no Direito Grego, no Direito Romano e no Direito Germânico. Desde os primeiros tempos, a Igreja ocombateu. O Novo Testamento registra uma divergência: enquanto o Evangelho de São Mateus abre exceção para o caso de adultério, os de Marcos e Lucas, e as Epístolas de São Paulo o repelem de todo. Os antigos Padres da Igreja (Santo Agostinho, Graciano e Pedro Lombardo) sustentam a tese de indissolubilidade absoluta. O movimento da Reforma Protestante a repele (v. n° 405, infra).

Na atualidade do mundo ocidental, poucos países, apenas (v. n° 405, infra), são antiodivorcistas. Os demais aceitam o divórcio, ora como punição ao cônjuge infrator de seus deveres conjugais (divórcio-sanção), ora para libertação dos cônjuges quando as finalidades matrimoniais não podem ser cumpridas (divórcio-remédio). Ressalvam outros, em respeito à consciência dos cônjuges, a "separação de corpos" como fórmula conciliatória de dissolução da sociedade conjugal, sem rompimento de vínculo.

No Brasil, o problema fora posto em termos ainda mais irredutíveis. Sustentando a indissolubilidade do casamento, o nosso direito inscreveu-o na Constituição, afirmando-o no art. 175, § 1º, da Carta derogada, a exemplo das Constituições anteriores. Destarte, a indissolubilidade transcendia de uma posição dogmática e tornava-se uma definição filosófica da ordem constitucional, a cavaleiro de maioria parlamentar eventual, pois que sua adotabilidade não teria lugar sem prévia Emenda Constitucional, com observância das formalidades exigidas no respectivo processo.

A Emenda Constitucional n° 9, de 28 de junho de 1977, aboliu o princípio da indissolubilidade do matrimônio, ensejando a edição da Lei n° 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a regulamentar o divórcio (n° 408-A, infra). O Projeto de Código Civil absolveu-a, colm a disciplina do divórcio nos arts. 1.583 a 1.586. A Constituição de 1988 admitiu, no art. 226, § 6º., o instituto do divórcio a ser desenvolvido em o n° 406, infra.

Finalidades. São complexas e múltiplas as finalidades do casamento. Seguindo a concepção canônica, distribuem-se em dois grupos: procriação e educação da prole no primeiro; mútua assistência e satisfação sexual no segundo (Codex Iuris Canonici de 1917, Cân. 1.013: Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae).

No plano puramente civilista as mesmas idéias subsistem.

A - No primeiro plano coloca-se a predominância constitucional. A família é um organismo natural e social. Mas o casamento é referido constitucionalmente como predominante, quando a Carta alude à relação de casamento, embora estabeleça a igualdade jurídica dos filhos havidos dessa relação e dos adotivos (art. 227, § 6º).

Não se pode perder de vista que a Carta das Nações Unidas, art. XVI e n° 3

define: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade, e tem direito à proteção da sociedade e do Estado."

B - Finalidade natural do casamento é a procriação de filhos. Natural, porque os casais devem ter filhos, que lhes continuem a existência, perpetuando a espécie.

Natural, mas não essencial, pois não são raros os casais sem filhos, como as uniões

de pessoas que pela idade ou estado de saúde não têm condições de os ter.

C - Confundindo-se com efeito normal do casamento, vem a comunhão de vida e de interesses, a satisfação do amor recíproco, aquela "affectio maritalis" que

as núpcias romanas destacavam como fator psíquico da vida em comum e sustentáculo da subsistência do casamento. Lafayette chega a apontar como fim capital do matrimônio essa admirável identificação de duas existências, sofrendo as mesmas dores e partilhando as mesmas felicidades (28).

D - Outras finalidades, não tão relevantes, porém não menos constantes são apontadas, tais como a atribuição do riome à esposa e aos filhos, a reparação de erros do passado recente ou remoto, a regularização de relações econômicas, a legalização de estados de fato.

376. Casamento Civil e Casamento Religioso

Nosso Direito, ao tempo do Império, conheceu, a princípio, somente o casamento católico (*in facie Ecclesiae*), por ser oficial do Estado a religião. Com o crescimento populacional, aumentou o número de acatólicos, que se viam forçados a um drama de consciência: absterem-se do casamento, ou realizarem-no em contradição com as suas convicções espirituais.

Foi então que se instituiu, ao lado do eclesiástico, que era o único regulado pela lei, o matrimônio civil, pelo qual se unissem as pessoas pertencentes a seitas dissidentes (Lei de 11 de setembro de 1861, regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863).

Desta forma, três modalidades de núpcias passaram a ser praticadas: 1º, casamento católico; celebrado segundo as normas do Concílio de Trento, de 1563, e das Constituições do Arcebispado da Bahia; 2º, casamento misto, entre católico e acatólico, realizado sob a disciplina do Direito Canônico; 3º, casamento que unia membros de seitas dissidentes, em obediência às prescrições religiosas respectivas (29).

28 Lafayette, ob. cit., § 8º.

29 Lafayette, Direitos de Família, § 10; Cândido de Oliveira, Manual Lacerda, v. V, § 5",

p. 16; Oscar de Macedo Soares, Casamento Civil.

Posto anunciasse o Visconde de Ouro Preto, Chefe do Ministério de 7 de junho de 1889, a breve apresentação de projeto de casamento civil, coube à República realizá-lo, com a promulgação do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de

1890, instituindo-o obrigatório, o que a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 enfaticamente proclamou: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita" (art. 72, § 4º). Tendo em vista a separação da Igreja do Estado, pronunciada como um dos princípios programáticos da propaganda republicana, consagrou a opinião já firmada entre os civilistas para os quais o Estado não tem o direito de intervir na escolha dos princípios religiosos adotados pelos contraentes, como nenhuma seita religiosa pode sustentar a exclusividade de seus preceitos para a validade do matrimônio (30).

A reação eclesiástica foi severa. E, paralelamente, a população leiga não faltou com os seus apodos. Esboçou-se, mesmo, um movimento sedicioso, conhecido como a "Guerra de Canudos", sob a forma de uma guerrilha rural, chefiada por Antônio Conselheiro, que teve de ser sufocada, com enorme perda de vidas, pelas tropas regulares do Exército, em lutas ferrenhas, a que não faltaram

lances dramáticos de que tudo dá testemunho Euclides da Cunha, nas páginas épicas de Os Sertões.

Com o tempo generalizou-se o casamento civil, celebrado paralelamente ao religioso, duplicidade que os hábitos sociais cultivavam e cultivam.

Em vigor o Código Civil de 1916, consolidou e regulou a matéria relativa ao casamento exclusivamente civil, sem a menor alusão ao religioso. Também omitiu o mesmo diploma os esponsais, que o direito anterior regulava, e que em algumas obras até hoje encontram lugar, não obstante abolidos totalmente, em nosso como na generalidade dos sistemas jurídicos contemporâneos (v., a respeito dos esponsais, o final deste parágrafo).

Sob fundamento de serem desaconselháveis as duplas núpcias, medrou a idéia de se atribuírem efeitos civis ao matrimônio religioso (Constituição de 1934,

art. 146). Subsiste, contudo, a duplicidade das bodas, cujo inconveniente Degni assinala no direito italiano, com inteira procedência em o nosso (31).

Atualmente, a matéria é prevista na Constituição de 1988 (art. 226, § 2º) e disciplinada pela Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950. O eclesiástico equivale ao civil quando os nubentes promoverem o processo de habilitação perante o Oficial do Registro, que, na conformidade do que dispõe o Código Civil, lhes passará a certidão competente, a ser arquivada pela autoridade celebrante.

Realizado o casamento, qualquer interessado requererá a inscrição do ato religioso no Registro.

A grande inovação, na matéria, é a habilitação a posteriori, dos casamentos oficiados sem a prévia habilitação civil: os nubentes requerem a inscrição

30 Lafayette. Direitos de Família, § 4º.

31 Francesco Degni. Il Diritto di Famiglia, p. 24.

apresentando a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo art.180 do Código Civil.

Válido o matrimônio oficiado por ministro de confissão religiosa reconhecida (católico, protestante, muçulmano, israelita). Não se admite, todavia, o que se realiza em terreiro de macumba, centros de baixo espiritismo, seitas umbandistas,

ou outras formas de credices populares, que não tratam a configuração

de seita religiosa reconhecida como tal.

Não obstante as facilidades concedidas pela lei, a população brasileira continua com os dois casamentos - civil e religioso - sendo crescente, em números relativos, a parcela dos que se utilizam apenas do religioso nos dois efeitos, eclesiástico e civil.

Esponsais. No pórtico das relações de família, é comum tratarem os escritores nossos e alheios dos esponsais (sponsalia per verba de futuro). Não faremos, tendo em vista que o nosso direito aboliu totalmente este instituto. Não se cogita, na atualidade, do compromisso ou promessa de casamento, que, em outros sistemas, inclusive o nosso direito pré-codificado, tanta importância apresentava.

Tal é o conceito de liberdade matrimonial hoje vigente, que a "promessa de casamento" fica reduzida a pouco mais que um "idílio sem consequência jurídica" (32).

Os esponsais tinham cunho contratual (Lafayette, Beviláqua), participando da dupla feição que nos outros sistemas jurídicos se lhe atribui, de contrato simultaneamente de Direito de Família e de Direito de Obrigações (33). E a consequência seria resolver em perdas e danos o inadimplemento do contrato esponsalício (34). Repudiados pelo direito positivo, a partir do Código de 1916 restou

o noivado, que é um compromisso puramente moral dos nubentes, sem que possa ser exigido o seu cumprimento, e de que os noivos podem arrepender-se. O rompimento do noivado é facultado sempre, como pertinente à noção de que o matrimônio há de refletir a vontade espontânea dos nubentes. Mas não se pode recusar o ressarcimento de perdas e danos, se se prova o prejuízo advindo a um dos noivos diretamente do rompimento (como, por exemplo, se o noivo exigiu que a noiva se demitisse do emprego, e depois injustificadamente quebra o compromisso).

Os presentes de noivado (arrhae sponsaliciae), que se cultivavam em Roma e que o nosso direito antigo ainda conservava (Herculano, Lendas e Narrativas) a título de arras, subsistem como simples praxes, variando o seu valor e a sua importância de acordo com as condições econômicas dos noivos. O problema que surge em torno do assunto diz respeito à sua devolução, no caso de rompimento do compromisso. Em Direito Romano, a restituição era obrigatória, pois que se consideravam subordinados à cláusula "si nuptiae sequantur". A jurisprudência

32 Guy Rayrmond, *Le Consentement des Époux au Mariage*, p. 11.

33 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Familia*, v. I, § 4°.

34 De Page, *Traité Élémentaire*, v. I, n° 569.

francesa assim os considera ainda (35), e os autores entendem que com o rompimento do noivado estes objetos permaneceriam sem caçrsa nas mãos dos noivos (36). Em nosso direito, é costume devolver. Mas não se estabeleceu o princípio da caducidade, se o casamento não se seguir.

Corretagem matrimonial. Tendo surgido pessoas, entidades e organizações que se propõem aproximar futuros candidatos ao casamento, mediante pagamento, levantou-se a questão relativa à legitimidade de tal remuneração. Encontrando a princípio resistências que levavam a considerar-se inexistente (37), caminhou-se

depois no rumo de considerar válido o contrato firmado, reservando-se aos Tribunais a faculdade de arbitrar o pagamento (38). Em nosso direito, é ainda considerada uma obrigação judicialmente inexigível (*Obligatio Naturalis*, nº 129, v. II). Mas a tendência é o seu reconhecimento, desde que não se desfigure a espontaneidade do querer dos nubentes. Quer dizer: se estes se unirem em matrimônio livremente, será devida remuneração à organização que os tiver aproximado. Nunca, porém, será lícito forçar a união a qualquer pretexto, para o recebimento das taxas cobradas.

376-A. Concubinato e União Estável

Concubinato houve em todos os tempos e em todas as civilizações, repercutindo necessariamente na vida jurídica. Se nos ativermos apenas ao nosso Direito, vamos encontrarmos no Código Filipino disposições que se lhe referiam, para condená-lo, impondo severas punições às "barreganices" de nobres e peões.

Saltando para o Código Civil de 1916, encontramos no art. 363, no I, inscrito como

uma das hipóteses em que era permitida a investigação de paternidade. Divergindo da referência às relações sexuais (art. 363, nº II), que exigiam comprovação convincente

e provado o concubinato em coincidência com o período legal da concepção induzia a quase presunção de paternidade (Silvio Rodrigues, "Casamento e União Estável", in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 11, 1991, p. 48).

O ciclo interpretativo do inciso legal ensejou farta elaboração doutrinária. Partindo da exigência de *vida more uxorio*, que alguns autores como Franzen de Lima e Carvalho Santos consideravam indispensável à sua caracterização, chegou-se mais modernamente à concepção adaptável às condições da vida moderna, segundo a qual não constitui elemento etiológica do concubinato a convivência sob o mesmo teto e dependência econômica da mulher. A Súmula 382, do STF declara não ser indispensável ao concubinato, a *vida more uxoria*. Em contraposição,

teceram-se outros requisitos, dentre os quais salientam-se a continuidade, a constância nas relações, a fidelidade. A propósito, a doutrina nacional e estrangeira marchou no mesmo sentido (cf. Caio Mário da Silva Pereira,

35 Sobre a restituição dos presentes, cf. Degni, p. 49; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud,

Leçons, v. I, nº 726.

36 De Page. ob. cit., v. I, nº 574.

37 Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, v. I, nº 884.

38 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons, v. I, nº 724.

"Concubinato, seu conceito atual", in *Revista Forense*, v. 190, p.13 ; Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Investigação de Paternidade*, Editora Forense, 1958, ps.145 e segs.; Filadelfo Azevedo, "Parecer" in *Revista Forense*. v. 81, p. 578; Edgard de Moura Bittencourt, *O Concubinato no Direito*, Editora Alba, 1961, nºs. 33 e segs.; Adhil Lourenço Dias, *A Concubina e o Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, 1975, nºs 35 e segs.; Savatier, *La Recherche de la Paternité*, Editora Dalloz, 1927, ps. 44 e

segs.; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, Editora Librairie Générale

de Droit et de Jurisprudence, 1950, v. I, n°. 1.511; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, Editions Monthrestien, 1955, v. I, 967).

A matéria planava no campo jus-civilista com a necessária repercussão jurisprudencial até que a Constituição Federal de 1988 veio trazer novas conotações.

Encarando a realidade brasileira, teve em vista conceitos consagrados em sistemas jurídicos modernos. O Capítulo destinado à família abre-se com a afirmação

de que ela é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado (art. 226).

A par da família, tradicionalmente constituída pelo casamento, enxergou a "entidade familiar" que conceituou no art. 226, § 3º, nestes termos: "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".

A disposição, a princípio muito controvertida, vem sendo objeto de consideração dos juristas, e ganhando nitidez na medida em que melhor se definem os seus contornos.

Num primeiro plano, o Constituinte de 1988 passou a considerar as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas como um fato social. Retirou-lhes todo aspecto estigmatizante, no momento em que as colocou sob a "proteção do Estado". Não se pode eliminá-la do âmbito do Direito de Família, eis que a Constituição as insere no art. 226, no Capítulo destinado à Família.

Cumpra, portanto, caracterizar a "entidade familiar".

De primeiro, afasta-se a sua equiparação ao casamento. Uma vez que "a lei facilitará sua conversão em casamento" deixou bem claro que não igualou a entidade familiar ao casamento. Não se cogita de conversão, se se tratasse do mesmo conceito. União estável e casamento "são institutos diversos" (Silvio Rodrigues, "Casamento e União Estável", in *Revista citada e local citado*), muito embol-a um ou outro julgado haver, um tanto precipitadamente, proclamado sua equiparação, como acusa Semy Glanz, em artigo publicado na mesma Revista, à p. 90. Veja-se, ainda, na caracterização da "união estável" Humberto Theodoro Júnior, "Alguns Aspectos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*, v. 20, p. 27.

Não tem faltado quem sustente ser de conveniência que o legislador baixe, desde logo, normas esclarecedoras, formulando os extremos da "entidade familiar".

A nós não nos parece convincente. Em princípio, sempre entendemos não caber ao legislador formular definições. Definir é obra da doutrina. A lei baixa comandos, com caráter geral e obrigatório. Tratando-se de conceito novo, sem a devida sedimentação, uma norma legislativa definidora poderia pecar pelo excesso,

lançando a noção muito além do objeto a definir ou revelar-se demasiado restrita, deixando de abraçar nos seus termos os pressupostos necessários. É preferível que a elaboração pretoriana vá promovendo sua construção dentro da variedade dos casos de espécie, e destarte permitindo à doutrina uma flexibilidade conceitual mais proveitosa.

Alguns parâmetros, contudo, já se esboçam. Como se expressa Simão Isaac Benjó ("União Estável e seus efeitos econômicos em face da Constituição

Federal", in Revista Brasileira de Direito Comparado, v. II, 1991, ps. 59 e segs.):

para a configuração da união estável não basta o simples "companheirismo", mas se requer seja "duradoura e notória" a que não seria estranho o fator psicológico de haver "sempre a possibilidade de contração do vínculo do casamento".

Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira (Direito de Família, Editora Fabris, 1991, p. 89) eliminam da figura do concubinato, e portanto da Entidade Familiar, toda situação como "namoro" ou um "caso", a que faltam a duração e a estabilidade. Em mais de uma oportunidade, inclusive em votos no Tribunal, o Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito considera união estável "a entidade familiar formada por um homem e uma mulher, com vida em comum, por período que revele estabilidade e vocação de permanência,

com sinais claros, indubitáveis de vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio". Entende o ilustrado Desembargador que, com a nova disciplina constitucional, o que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro nas regras da sociedade de fato, do Código Civil, passa ao patamar da União Estável e, como tal, o tratamento de todas as questões relativas à união estável deve ser nas varas especializadas de família.

Embora não nos pareça exigível a convivência sob o mesmo teto, a união estável guarda aproximação com a posse de estado de casados, o que levou Simão Benjó a dizer que "a companheira deve ter o trato, o nome e a fama de esposa". Vale dizer: os que vivem em união estável devem ser tidos como tais perante os amigos e a sociedade, embora a utilização do nome do companheiro, pela mulher, não seja requisito fundamental. Igualmente não nos preocupamos com o "tempo de duração", que pode ser mais ou menos longo. O que importa é ser a união duradoura, inspirada no elemento anímico, a gerar a convicção de que pode marchar para a relação matrimonial.

O ponto de maior concentração das atenções é o que diz respeito à "conversão" em casamento. A norma constitucional se limita a dizer: "devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Os critérios para a conversão foram, portanto, deixados para a lei ordinária.

Desde logo, todavia, é de se supor que uma lei a isto destinada deverá regulamentar a conversão administrativa, como sugere Semy Glanz, no estudo acima citado. Caberá aos interessados, com observância das exigências legais, habilitarem-se perante a autoridade judiciária competente, para obterem provimento estabelecendo a conversão e determinando a inscrição no registro.

Será, também, de boa política legislativa que, na hipótese em que a habilitação não se efetive a pedido de ambos os companheiros possa ser promovida a

requerimento de um só deles, seja em caráter administrativo, seja contenciosamente, caso em que o requerente deverá comprovar os requisitos exigidos, em ação intentada contra o outro, a quem compete contestar o pedido. Admissível, igualmente a conversão post mortem, requerida pelo sobrevivente contra os herdeiros do companheiro falecido.

Uma vez realizada a conversão, opera esta com efeito retro-operante, para, produzir os seus efeitos ex tunc, e não a partir da sentença que efetivou a conversão.

Se não se chegou a converter em casamento, aplicam-se à união estável, com maior força de convicção, aquelas normas legais e pretorianas que envolvem o concubinato, dentre as quais a que emana da Súmula do Supremo Tribunal

Federal verbete 380, que permite atribuir à companheira ou ao companheiro a metade daquilo com que tenha contribuído para o acrescentamento patrimonial do outro, mediante o aporte de recursos ou força de trabalho.

Já se nota certa tendência entre os civilistas, no sentido de se atribuir direito

à meação, em favorde qualquer dos companheiros, sem o rigoroso preenchimento das exigências contidas na Súmula no 380.

Acórdão pioneiro da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relator o Desembargador Carlos Alberto Direito, mantido pelo Superior Tribunal de Justiça sob o fundamento de que "não há entrelaçamento com a Súmula no 380, do STF se o acórdão recorrido não tem como premissa a existência de sociedade de fato, mas a aplicação do princípio contido no art. 226, § 3º, da Constituição (RSTJ/8/475).

Outro aspecto que carece de definição dos Tribunais Superiores é a possibilidade,

ou não, de se reconhecer a união estável, quando um dos companheiros é ligado a outra pessoa pelo vínculo do matrimônio.

Como a Constituição reserva à lei "facilitar a conversão da União Estável em casamento", esta ressalva pressupõe, em princípio, a ausência de impedimentos para o casamento.

Há que se considerar, no entanto, situações intermediárias, em que os cônjuges estão, comprovada e irreversivelmente, separados de fato, ou separados judicialmente e não divorciados.

Se a Constituição Federal autoriza o Divórcio "comprovada a separação de fato por mais de dois anos" ou "após prévia separação judicial por mais de um ano", não há porque não reconhecer a União Estável entre pessoas definitivamente separadas, mesmo de fato, ou aquelas que, separadas judicialmente, não promoveram o rompimento do vínculo matrimonial pelo Divórcio.

Quanto aos efeitos patrimoniais, há que se autorizar a partilha dos bens adquiridos, comprovadamente, na constância da vida em comum, e objeto de interesses recíprocos.

376-B. Direitos dos Companheiros

Na mesma linha de proteção que tenho assinalado no correr deste volume dedicado ao Direito de Família, foi editada a Lei no 8.971, de 29 de dezembro de

1994. Seu surgimento provocou acesa polêmica em Congressos, além de comentários na imprensa leiga. De meu conhecimento são os artigos publicados por Tânia da Silva Pereira (O Globo, 15 de janeiro de 1995; Estado de Minas, de 19 de janeiro

de 1995); Saulo Ramos (Folha de São Paulo, 21 de março de 1995); Mário Roberto Carvalho de Faria; Guilherme Couto de Castro; Rodrigo da Cunha Pereira (Estado de Minas, 24 de fevereiro de 1995); Zeno Velloso (em resposta a Saulo Ramos);

Francisco José Cahali (Dos Alimentos na União Estável, Lei nº 8.971/94); Silvio Rodrigues

(Seminário de Direito Civil, Belém do Pará, 16 de março de 1995).

Outras manifestações já ocorreram, as quais não nos foi possível catalogar, e alguns pronunciamentos ainda não vieram a lume.

Neste local, e nestas Instituições somente cabe examinar o diploma legal,

com olhos de intérprete, a salientar seus pontos essenciais, tendo presente o texto

na sua ontologia e nos seus aspectos etiológicos.

Duas idéias forças se defrontam no seu conteúdo: a primeira, emanada da Constituição Federal de 1988, assenta em que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (art. 226); a segunda proclama o reconhecimento da "união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar". Situado entre estes dois pólos, cabe então interpretar o novo diploma.

A lei, no seu conjunto, reflete um passo evolutivo a mais no conceito sociológico da "família" em nosso Direito, ao envolver as relações matrimoniais e extramatrimoniais. O Legislador tem em vista o casamento e os filhos havidos das respectivas relações; e a união estável e os filhos havidos das relações extramatrimoniais partindo da premissa da completa equiparação dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (Constituição de 1988, art. 227, § 6º).

No primeiro plano (art. 1º e parágrafo único), a nova lei assegura à companheira

e ao companheiro o disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, a saber: direito a alimentos.

Para se valer desse direito, há que cumprir determinados requisitos, a saber:

A - Convivência por tempo superior a cinco anos, ou, independentemente do decurso do prazo, a existência de prole comum.

Nesta última hipótese, a prole não é de qualquer mulher, mas da compneheira, exigindo aí pressupostos de vida em comum.

B - A condição de ser livre o parceiro, isto é, que o homem seja solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo; a mulher igualmente solteira, separadajudicialmente, divorciada ou viúva.

C - Temporariedade do direito alimentar, isto é, o dever alimentar cessa desde que o beneficiado venha a constituir nova união. Aqui o Legislador não foi preciso. Não esclareceu se a "nova união" seria matrimonial ou extramatrimonial. Como a orientação legislativa e constitucional vige no sentido de prestigiar a "entidade familiar", é de se concluir que o direito aos alimentos deixa de subsistir,

mesmo quando se trata de união livre. Pois é óbvio que descabe a condição de duplo crédito alimentar: contra aquele cujo dever fora reconhecido com o

companheiro (ou companheira) em conjunção com igual direito a prevalecer contra quem a ele (ou ela) se constituiu "nova união".

D - Como todo direito alimentar este é subordinado ao binômio necessidade/possibilidade. A nova lei somente se refere à primeira, ao encerrar o caput do artigo com esta cláusula: desde que prove a necessidade. O requisito não é uma criação da nova lei, senão que constitui conditio legis de todo crédito alimentar, tal como se expõe no art. 401 do Código Civil. Correlato ao requisito da necessidade, estará forçosamente a possibilidade de prestá-los, pois nem esta lei nem outra qualquer, pode impor a alguém a prestação de alimentos com sacrifício de sua própria subsistência, como ainda a quem o faça pondo-a em risco se vier a dá-los (Eneccerus, Kipp, Wolff, Tratado, Derecho de Familia, vol. II, § 97).

Na falta de um critério específico, prevalece a norma geral da proporcionalidade

instituída no art. 400 do Código Civil, na razão das necessidades reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. O crédito alimentar não há

constituir motivo de enriquecimento do alimentando - de lucro copiando, nem se justifica venha a exceder desproporcionalmente ao status econômico habitual do reclamante.

Salvo sentença transitada em julgado, reconhecida a União Estável anteriormente, para que seja concedido o benefício especial dos alimentos provisionais previstos no art. 4º da Lei nº 5.478/78, há que se comprovar a sua existência, admitindo-se a realização de prova pré-constituída além de outras inequívocas demonstrações, a exemplo da dependência previdenciária e fiscal, certidão casamento religioso ou algum outro elemento igualmente ponderável.

Questão que se põe, e tem sido levantada, é saber quando cessa o direito pleitear alimentos com amparo na Lei nº 8.971.

Num primeiro plano coloca-se o direito à pretensão alimentar na pendência da união. Pois é óbvio que se a lei assegura ao companheiro ou companheira os direitos advindos da Lei nº 5.478 de 25 de julho de 1968, estes são devidos enquanto persistir a condição prevista.

Cessando esta, o reconhecimento expresso assegura o direito alimentar para o futuro.

Na ausência de tal reconhecimento, o requerente terá de alegar que viveu (passado) em união com seu parceiro.

Enquanto subsistir a relação concubinária, e recebeu a assistência alimentar, nada pode reclamar, porque seu direito foi satisfeito durante o tempo de vida comum.

"Quaestio est" se pretende o reconhecimento aos alimentos com base em uma relação pretérita. A lógica jurídica não o tolera.

Alimentos pelo tempo decorrido não lhe cabem, porque a regra é que não se concedem para o passado, porque o postulante, bem ou mal, viveu, e é de princípio que "in preteritu non vivitur". A possibilidade de pleiteá-los não é eterna.

Os mesmos deverão ser requeridos tão logo consubstanciado o rompimento

vida em comum. Cabe ao juiz avaliar esta necessidade vinculada à relação de dependência econômica entre os companheiros. A matéria já vinha consignada no Projeto de autoria de Nelson Carneiro, mencionado no livro Concubinato e União estável de autoria de Rodrigo da Cunha Pereira.

Quanto ao futuro, a continuidade dos alimentos cessa se o alimentado vier a constituir nova união, ou se se provar a desnecessidade por qualquer meio: recebimento de herança, ocorrência de um ato liberal, ou até um evento fortuito como seja o recebimento de um prêmio advindo da sorte.

Onde se põe questão mais complexa é no direito sucessório.

No falecimento do companheiro, a companheira participa da sucessão hereditária. Assim dispondo a Lei nº 8.971 incluiu na ordem de sucessão hereditária

o companheiro (ou companheira), na forma seguinte (sempre subordinado ao fato de não ter constituído nova união, matrimonial ou extramatrimonial).

I - O companheiro sobrevivente terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste, ou comuns.

II - Direito ao usufruto da metade, se não os houver.

Pode ocorrer que o companheiro fora casado em regime de separação de bens. Nesse caso, tendo em vista que a Lei nº 4.121/62 que deu nova redação ao art. 1.611 do Código Civil assegura ao cônjuge sobrevivente igual direito, a companheira ou companheiro sucessão concorrente, a um e a outro será concedida

o usufruto da quarta parte ou da metade, conforme o caso. Este novo usufruto legal equiparado ao usufruto vidual do cônjuge sobrevivente do referido artigo 1.611 do Código Civil não tem a natureza de Direito real, pois não nasce da manifestação da vontade das partes a exemplo daquele oriundo de testamento ou doação inter vivos.

Semelhante ao usufruto dos bens dos filhos na constância do Pátrio Poder previsto no art. 389 não é de sua essência e validade o seu registro como aquele acima referido no art. 715 do Código Civil. Seu eventual registro previsto no RGI é medida ad cautelam para conhecimento de terceiros, não sendo portanto substancial a sua inscrição.

A alínea III do art. 2º gera um conflito de leis de solução difícil.

A companheira é colocada pela Lei nº 8.971/94 em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária e vice-versa. Herda preferencialmente aos colaterais. Sob certo, é considerada "herdeiro necessário".

Sendo o companheiro casado, à companheira não assiste direito hereditário, pela ausência do requisito do art. 1º. Herdeira é a viúva ou o viúvo.

A condição de herdeira da "totalidade de herança" previsto no art. 2º, III não afastou o direito de falecido, de testar e de dispor por testamento de sua meação disponível. O companheiro sobrevivente terá direito à "totalidade da herança" se não houver disposição testamentária, limitando-a. Cabe-lhes disputar apenas a parte correspondente à legítima, prevista no art. 1.721 do Código Civil.

Em havendo disposição de bens, por doação ou testamento, fica limitada à meação disponível, sujeita a redução, se exceder.

A última hipótese prevista na mesma lei veio legalizar o princípio contido na Súmula 380 do STF, porém com maior extensão e profundidade.

Pela referida Súmula, em cessando a relação concubinária, a companheira teria direito, numa dissolução de sociedade de fato, à parte dos bens com que teria contribuído para o incremento patrimonial do companheiro, uma vez provado que o acrescentamento deveu-se à participação efetiva, em valores ou em força de trabalho.

Pela nova lei, a disposição do art. 3º somente se aplica na hipótese de cessar a união pela morte de um dos companheiros, porque a lei fala em "herança", e em companheiro "sobrevivente".

Daí a primeira conclusão: cessando por alguma causa diferente da morte, continua prevalecendo o princípio da Súmula 380.

No caso de morte, o companheiro ou companheira sobrevivente terá direito à totalidade dos bens que resultarem de atividade em que haja "colaboração" dos companheiros. Não se exigirá a prova de haver um deles "contribuído" para o incremento patrimonial. Basta se demonstra a "colaboração" de um ou do outro, para a formação de patrimônio devido à atividade comum. O vocábulo "colaboração" ter significado mais amplo que "contribuição", força é convir que abrange toda espécie de co-participação, seja em valores, seja em força de trabalho, seja ainda de maneira indireta, como na hipótese de proporcionar ambiente doméstico que propicie ao companheiro (ou companheira) dirigir sua energia, esforço ou imaginação criativa, para o acúmulo dos bens deixados pela de cujus.

Reconhecida a situação jurídica da companheira, quaestio est se a sua anuência é necessária à disposição de bens pelo companheiro. A matéria é

polêmica, mas a negativa se impõe. A união estável não equivale ao casamento, devendo a lei "facilitar a sua conversão" (Constituição, art. 226, § 3º). Conseqüentemente, exigir a anuência seria estabelecer uma outorga uxoria, sem a existência de status matrimonial.

Mais recentemente, foi publicada a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, com um objetivo um tanto ambicioso de regulamentar o art. 226, § 3º, da Constituição - um tanto ambicioso porque as disposições constitucionais não são regulamentadas por lei ordinária, mas por lei complementar.

Tal como a Lei nº 8.971/94, pretendeu, sem consegui-lo, fornecer um conceito de "união estável".

No art. 5º faz-se referência a "condomínio em partes iguais", quanto a bens adquiridos pelos "conviventes". Acontece que se os bens foram obtidos por um deles, com bens resultantes de outros adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um deles, em sub-rogação de bens adquiridos antes da convivência, não se comunicam.

Pela Lei nº 9.278/96 a conversão da união estável não dispensa os procedimentos para habilitação, e admite um "pacto de convivência" desde que não contrarie preceitos de ordem pública e constitucionais.

Capítulo LXXXIV

HABILITAÇÃO

Sumário:377. Requisitos e pressupostos matrimoniais. 378. Processo de habilitação. Bibliografia: Eduardo Espínola, A família no Direito Civil Brasileiro, ps. 47 c segs.; Clóvis

Beviláqua, Direito de Família, § 17; Pontes de Miranda, Direito de Família, § 24;

Sá Pereira, Lições de Direito de Família, ps. 81 e segs.; Orlando Gomes, Direito

de Família, nºs 33 e segs.; Ruggiero e Maroi, Istituzioni di Diritto Privato, v. I, §

53; Planiol, Ripert ét Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, nºs 786 e segs.; Mazeaud,

Mazeud et Mazeud, Leçons, v. I, nºs 714 e segs.; Enneccerus, Kipp y Wolff,

Tratado, Derecho de Familia, v. I, § 20; De Page, Traité Élémentaire, v. I, nºs 619

e segs.; Arturo Cairo Jemolo, Il Matrimonio, ps. 110 e segs.; Francesco Degni, Il

Diritto de Famiglia, ps. 103 e segs.

377. Rquisitos e Pressupostos Matrimoniais

O casamento requer certo número de requisitos atinentes à autoridade que o celebra, à forma do ato, e às pessoas dos contraentes. O celebrante há de ser competente, não apenas em razão de sua atribuição legal (ex ratione materiae), como ainda em função da circunscrição territorial dentro da qual pode officiar (ex ratione loci). O ato matrimonial deve obedecer às prescrições formais instituídas com caráter de ordem pública. Os nubentes devem ser aptos para a núpcia.

Além dos requisitos que dizem respeito à validade do matrimônio, a doutrina menciona ainda os seus pressupostos, que condizem com a sua existência mesma, e que desenvolveremos quando tratarmos da teoria do casamento inexistente

(nº 390, infra), matéria que se integra na problemática da invalidade. Por ora, basta-nos referir que os pressupostos do casamento são: a) diversidade de sexos, que alguns autores preferem considerar como prevalência de sexo diverso nos dois cônjuges, nos casos chamados de hermafroditismo parcial (1) e que a ciência faz compreender na idéia mais geral de intersexo; b) a celebração propriamente dita, a que se costuma aditar; c) a competência *ratione materiae* do celebrante.

1 Ruggiero e Maroi, Istituzioni, v. I, § 53.

No presente capítulo, cuidamos dos requisitos e do processo por v'ia do qual devem os nubentes demonstrar sua capacidade nupcial ou sua habilitação.

Até certo ponto, há coincidência da capacidade específica para o casamento com a genérica para os atos da vida civil. Não é, contudo, rigorosa e necessária. Às vezes, aos noivos falta aptidão para o matrimônio, não obstante serem maiores e capazes; noutros casos, a lei lhes reconhece habilitação para o casamento, posto lhes falte a plenitude da capacidade civil.

A razão está numa dupla ordem de idéias. De um lado, a consideração de que as regras aplicáveis ao Direito de Família, e em especial em matéria de casamento, não são as mesmas que regem a prática dos demais atos. De outro lado, argúi-se o "leitmotiv" da verificação das condições matrimoniais não é a indagação se a pessoa é portadora dos requisitos exigidos a quem pretende emitir uma declaração de vontade qualquer, geradora de direitos e obrigações - porém, a verificação se está habilitada para um ato cuja finalidade natural é a procriação, a manutenção e a educação da prole. Esta aptidão diz respeito ao discernimento (condições psíquicas) e à puberdade (condições fisiológicas). O discernimento vem da experiência que o tempo propicia, associa-se à autonomia do espírito. A puberdade vem com o desenvolvimento dos órgãos e glândulas que permitem conceber, e varia de indivíduo a indivíduo, com as condições de meio, de sexo, de saúde, de educação e de alimentação. Sendo sua comprovação direta difícil e melindrosa ao pudor, como no Direito Romano o Imperador Justiniano já reconhecia (Código, Livro V, Tít. 60, Const. 3), os sistemas jurídicos preferem instituí-la como presunção do fato de haver o indivíduo atingido certo limite de idade.

Dentro deste quadro é que se desenvolve o conceito de habilitação matrimonial, e para a sua apuração é que tem lugar o processo respectivo. Noutros termos: cabe aos nubentes demonstrar que estão legalmente habilitados para o casamento (20).

No primeiro plano dos requisitos matrimoniais está, pois, a idade. Idade, como exigência específica para o matrimônio, suscita a observação de que, embora a maioridade civil se atinja aos 21 anos completos, a lei recua a aptidão nupcial, tendo em vista que o desenvolvimento fisiológico é mais veloz, e ainda a circunstância de que é boa a política legislativa que facilita os casamentos, notadamente em país tropical como o nosso.

Considerando que a mulher alcança mais cedo o pleno funcionamento da constelação

endócrina e particularmente do aparelho genital, tornando-se apta à procriação, a lei também a considera apta para o casamento aos 16 anos (nubilidade), antes do homem, que somente aos 18 anos está para isso habilitado. Tendo, entretanto, em vista que não é apenas a aptidão genérica a ser levada em linha de

2 Eduardo Espínola, A Família no Direito Brasileiro. p. 47.

HABILITAÇÃO

53

conta e que a maioridade civil é que capacita a pessoa para toda declaração volitiva geradora de plenos efeitos, entende a lei necessário supram os nubentes a deficiência da idade com a autorização da pessoa em cuja dependência legal se encontrem, erigida esta anuência em requisito também.

Em todo o Ocidente vige o conceito fundamental da família monogâmica. Requisito do casamento é, pois, a ausência de vínculo matrimonial em relação a qualquer dos contraentes, seja por nunca se terem antes casado, seja por ter cessado com a morte, seja também pela anulação de matrimônio anterior - a que se acrescentará ainda a sentença de divórcio quando devidamente homologado e com este efeito.

Repudiando o incesto - união conjugal de parentes em grau proibido - a lei erige ainda em obstáculo ao matrimônio todo parentesco em linha reta e o grau próximo na colateral.

A verificação destes requisitos constitui objeto de um processo especial, que será examinado em seguida.

378. Processo de Habilitação

Para os atos ordinários da vida civil, presume-se a aptidão. Via de regra, não se exige de quem emite uma declaração de vontade, ou participa de um negócio jurídico, ou celebra um contrato, ou registra um filho, ou faz um testamento, a prova de que é capaz, ou de que se acha na livre administração ou disposição de seus bens.

Somente em caso de dúvida ou suspeita exige-se do interessado a comprovação, e, mesmo neste caso, em caráter particular ou sumário.

Com o casamento, o mesmo não ocorre. Os nubentes têm de evidenciar a sua aptidão para o matrimônio em um processo especial - o processo de habilitação. Compete à autoridade judiciária do domicílio de um dos nubentes a direção do processo, que ocorre perante o Oficial do Registro Civil da respectiva circunscrição territorial. Este processo compreende quatro fases ou itens: documentação, proclamas, certidão e registro.

A - Documentação. Segundo as normas reguladoras, os interessados apresentarão ao Oficial do Registro os documentos arrolados na lei civil (Código Civil, art.180) e segundo procedimento contido nos arts. 67 a 69 da Lei nº 6.015, de 31.12.73.

I - Certidão de nascimento. A certidão passada pelo Oficial do Registro Civil é a prova específica da idade, e ainda elemento de comprovação do parentesco. É documento fundamental. Pode acontecer, todavia, que se não logre obter por se ter perdido ou destruído o livro, por achar-se o local inacessível, ou por motivo outro. Em tal caso, supre-se a certidão do registro por prova equivalente,

que, na falta de outra indicação legal ou regulamentar, pode ser (3) qualquer das referidas no Decreto nº 773, de 20 de setembro de 1890, a saber:

a) justificação

judicial, com a audiência de duas testemunhas que deponham por conhecimento próprio sobre o fato alegado, requerida ao juiz e acompanhada pelo órgão do Ministério Público (Código de Processo Civil de 1973, art. 861); b) título de nomeação para cargo ou função pública; c) declaração do pai ou tutor; d) atestado passado por perito médico designado pelo juiz. A esses poderíamos acrescentar título de eleitor, certidão de casamento anterior dissolvido pela anulação ou pela morte do outro cônjuge, ou pelo divórcio.

É bem de ver que não é alternativa a prova pela certidão do assento de nascimento ou outra equivalente. Esta última somente tem cabida se ficar comprovada a falta da primeira.

2 - Declaração do estado civil, domicílio atual, residência dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos. Por aí se fará constar do processo se os nubentes são solteiros ou viúvos, maiores ou menores, se ambos têm domicílio na localidade ou se um deles reside em outra, ou em Estado diverso, o que terá influência para a publicação dos proclamas.

3 - Se algum dos contraentes for menor, a autorização das pessoas, sob cuja dependência legal estiver. Recusada ela, suprir-se-á, judicialmente, exibindo-se o ato respectivo. Se, entretanto, ocorrer divergência entre os pais, predominará a vontade do cônjuge, em cuja companhia viver o menor, sendo o casal separado ou divorciado, ou se anulado o casamento (Lei nº 6.515, de 1977, art. 50, nº 3); não o sendo, prevalece a vontade paterna.

4 - Declaração de duas testemunhas maiores, que atestem conhecer os nubentes, e afirmem a inexistência de impedimento entre eles. Este documento pode ser firmado por parente ou estranho.

5 - Se um dos nubentes for viúvo ou tiver o seu casamento anterior anulado, ou for divorciado, a certidão de óbito do cônjuge falecido ou da sentença anulatória do matrimônio anterior, ou do divórcio. Não alude o Código Civil à prova equivalente, como faz em relação à certidão de nascimento. Se é certo que a anulação de matrimônio anterior somente se prova pela sentença, e o falecimento se demonstra pela certidão de óbito, a doutrina assenta que a falta deste se supre por prova equivalente (4).

No Direito brasileiro não há, como em outros sistemas, presunção de morte. Mas, se vier a ser adotada, implicará em circunstância a ser admitida no processo de habilitação, no caso de pretender convolar a novas núpcias o cônjuge do que se presume defunto.

3 Pontes de Miranda, Direito de Família, § 24; Sá Pereira, Lições de Direito de Família, p. 85.

4 Espínola, A Família no Direito Civil Brasileiro, p. 49.

HABILITAÇÃO

55

6 - Tendo um dos nubentes residido a maior parte do último ano em outro Estado, apresentará ainda a prova de que o deixou sem impedimento para casar, ou que já cessou o que por acaso tenha existido.

7 - Embora o Código o não mencione, é documento aceitável para a prova da habilitação legal a certidão da serlter ç n de divórcio proferida pela justiça do País que o admita, subordinada à sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, e ao reconhecimento desse efeito. Proferida sentença de divórcio no Brasil, a certidão respectiva integra o processo de habilitação.

B - Proclamas. Apresentados pelos pretendentes ou seu procurador os documentos exigidos e verificando o Oficial estarem em ordem, lavrará os proclamas de casamento, mediante edital que será afixado durante 15 dias em lugar ostensivo do edifício onde se celebram os casamentos, e se publicará pela imprensa onde houver. O edital mencionará em resumo o intento matrimonial, os nomes dos nubentes, e se convocará qualquer do povo para que aponte o impedimento de que tiver ciência (Código Civil, art. 181). Residindo os contraentes em circunscrições diferentes do Registro Civil, a publicação do edital far-se-á em ambos.

Comprovada documentalmente ou por testemunhas a urgência para a celebração do casamento, à vista da circunstância alegada (enfermidade, viagem urgente, parto iminente, processo criminal etc.), o juiz poderá, ouvido o órgão do Ministério Público, dispensar a publicação do edital, não sendo lícita contudo a dispensa de apresentação dos documentos legalmente exigidos (Código Civil, art. 182, parágrafo único; Código de Processo Civil art. 744). Mas, ao caso de fundar-se em crime contra a honra da mulher (defloramento, estupro, rapto), a dispensa dos editais será precedida de audiência dos interessados, separadamente e em segredo de justiça (Código de Processo Civil de 1939, art. 744), com o que se resguardarão contra algum constrangimento ou ameaça, da parte de familiares ou do zelo mal dirigido de alguma autoridade. Sobre o casamento in articulo mortis (casamento nuncupativo), ver nº 388, infra.

C - Certidão. Apurada a regularidade do processo de habilitação, decorrido o prazo dos proclamas (ou dispensada a sua publicação) e não aparecendo quem oponha impedimento, o Oficial (se não lhe constar algum que de ofício lhe compita declarar) passará a certidcro, com o prazo de validade por três meses, declarando estarem os contraentes habilitados para casar.

Não celebrada a boda nesse prazo, cumpre renovar-se o processo, com publicação de novos proclamas e nova certidão.

Esse prazo varia nas legislações: 180 dias no B.G.B. e no italiano; um ano nos Códigos francês, espanhol, português. O direito brasileiro restringe-o a um trimestre para conservar mais viva na memória a publicação dos editais, fraiiquear a denúncia de impedimento, e resguardar de maiores riscos a núpcia pretendida.

D - Registro. Completa-se o processo de habilitação com o registro dos editais no cartório que os houver publicado (Código Civil, art. 182), com o objetivo de sua perpetuação, no interesse da segurança social, e o ensejo de fornecer certidão deles a quem a pedir.

Capítulo LXXXV

IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Sumário:379. Conceito. Natureza. Classificação. 380. Impedimentos dirimentes públicos.

381. Impedimentos dirimentes privados. 382. Impedimentos impeditentes. 383. Oposição dos impedimentos.

Bibliografia: Clóvis Beviláqua, Direito de Família, §§ 12 e segs.; Lafayette, Direitos de Família, §§ 12 e segs.; Pontes de Miranda, Direito de Família, §§ 9º e segs.; Eduardo Espínola, A Família no Direito Civil Brasileiro, nºs 21 e segs.; Sá Pereira, Lições de Direito de Família, ps. 89 e segs.; Cândido de Oliveira, "Direito de Família", in Manual Lacerda, v. V, §§ 20 e segs., ps. 36 e segs.; Orlando Gomes, Direito de Família, nºs 44 e segs.; Ruggiero e Maroi, Istituzioni di Diritto Privato, v. I, § 53; Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, nºs 107 e segs.; Carbonnier, Droit Civil, v. II, nº 13; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil, v. I, nºs 754 e segs.; Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado, Derecho de Familia, v. I, §§ 8º e segs.; Arturo Carlo Jemolo, Il Matrimonio, nºs 29 e segs.; Francesco Degni, Il Diritto di Famiglia, ps. 59 e segs.; Heinrich Lehmann, Derecho de Familia, ps. 78 e segs.; José Arias, Derecho de Familia, ps. 94 e segs.

379. Conceito de Impedimento Matrimonial. Natureza. Classificação

Desde o Direito Romano, apontam-se motivos de proibição para o matromônio.

O Direito Canônico, vendo no casamento um ato de envergadura capital para o indivíduo e para a sociedade, tomou-os, desenvolveu-os, e construiu com eles a teoria dos impedimentos matrimoniais.

A sua idéia central está em que o matrimônio exige requisitos especiais que não se confundem com os pressupostos necessários dos atos comuns da vida civil. A noção geral de impedimento não é a mesma de incapacidade (1). Casos há em que se observa sua coincidência; outros em que o impedimento é específico. Às vezes aquele é geral (ex. gr., uma pessoa casada não pode casar com nenhuma outra); outras vezes, é especial (ex. gr., o adotado não pode casar com o filho superveniente ao adotante).

1 Orlando Gomes. Direito de Família, nº 44.

Daí conceituar-se: impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para o casamento (2).

Em forma positiva define-se, também, como o obstáculo legal a que validamente se contraia matrimônio.

Numa e noutra redação a noção é a mesma, e cinge-se à determinação daquelas circunstâncias, cuja verificação tem como consequência impedir a celebração de casamento.

A elaboração canônica de uma teoria proporcionou certa uniformidade aos sistemas jurídicos ocidentais, assim nos países de formação romano-cristã (Brasil, França, Alemanha, Itália, Suíça, Portugal, Argentina, Chile etc.) como ainda nos de Common Law (Inglaterra, Canadá, Estados Unidos etc.).

Acompanhando-os no direito brasileiro atual, não perdemos de vista, contudo, as fontes próximas e remotas, e bem assim a contribuição do Direito Comparado, salientando, todavia, que a referência à doutrina canônica não significa sua integral adoção, porém uma adaptação dela e de sua técnica às contingências nacionais. Nossa vinculação legal a essa teoria fez-se através da Lei de 3 de novembro de 1827, que mandou observar as normas ditadas pelo Concílio de Trento e Constituição Primeira do Arcebispado da Bahia.

Segundo o art. 183 do Código Civil de 1916 (que seguiu de perto a distribuição contida no Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, os impedimentos matrimoniais compreendem 16 incisos, segundo os quais a lei opõe barreira ao casamento, mencionando os casos em que as pessoas não podem casar.

Tendo, contudo, em vista a sua oponibilidade e a extensão das sanções impostas ao infrator, não são eles de idêntica natureza. Distribuem-se, antes, por categorias distintas.

Num primeiro movimento, mencionam-se de um lado os impedimentos dirimentes, que implicam na invalidade do casamento: *vetant facienda facta retractant*; e, de outro lado, os impedimentos impeditivos, que carregam outras espécies de sanção ao infrator, diversas da anulação: *impediunt fieri, facta tenent*.

Os primeiros, a seu turno, subdividem-se em públicos e privados, levando em linha de conta a legitimidade para opô-los.

Pela sua distribuição, assim se colocam:

a) Impedimentos dirimentes públicos (*impedimenta dirimentia publica*),

também chamados absolutos (art.183, incisos I a VIII), podem ser acusados por qualquer pessoa e pelo Ministério Público, trazendo, como conseqüência, nulidade do casamento celebrado em contrariedade ao seu ditame;

2 Clóvis Beviláqua, Direito de Família, § 12; Lafayette, Direitos de Família, § 12;
Pontes de Miranda, Direito de Família, § 9º; Sá Pereira, Lições de Direito de Família,
P. 89; Jemolo. Il Matrimonio, n° 29.

IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

59

b) Impedimentos dirimentes privados (*impedimenta dirimentia privata*), também denominados relativos (art. 183, n°s IX a XII), somente oponíveis por determinadas pessoas, e tendo como efeito a anulabilidade do ato;

c) Impedimentos impeditivos (*impedimenta impeditiva*) (art. 183, n°s XIII a XVI), que podem ser apontados por alguns interessados, e não importam em tornar nulo ou anulável o matrimônio, mas em sujeitar os infratores a penalidade de natureza econômica.

O projeto de Código Civil de 1975 modificou a teoria dos impedimentos matrimoniais, separando os "impedimentos" propriamente ditos, das "causas suspensivas", que no Código de 1916 eram consideradas impedimentos impeditivos.

380. Impedimentos Dirimentes Públicos

Na primeira ordem dos impedimentos vêm aqueles que, por motivos de moralidade social, a ordem jurídica inscreve como portadores de maior gravidade, envolvem causas que condizem com a instituição da família e a estabilidade social. Por isto mesmo, pode sua existência ser acusada por qualquer pessoa, e pelo órgão do Ministério Público na sua qualidade de representante da sociedade. É nulo o matrimônio celebrado com a sua infração (n° 391, infra).

São eles em número de oito (art. 183, n°s I a VIII), compreendendo quatro categorias jurídicas: incesto (*impedimentum consanguinitatis*), bigamia (*impedimentum ligaminis seu vinculi*), adultério (*impedimentum adulterii*) e homicídio (*impedimentum criminis*).

A- Parentesco em linha reta, "in infinitum". Não podem, pois, casar os ascendentes com os descendentes em qualquer grau, sejam os ligados diretamente pela consangüinidade (pai e filha, avô e neta, bisavô e bisneta), sejam-no por afinidade (sogra e nora, sogro e genro), ou ainda por vínculo meramente civil (adotante e adotado). O impedimento vigora, se o parentesco é ordinário de justas núpcias, ainda se como provindo de relações concubinárias ou esporádicas. A afinidade (*impedimentum affinitatis*) deve limitar-se ao 1º grau (4), já que afinidade não gera afinidade, como em Direito Romano se dizia: *affinitas affinitatem non parit*. Pontes de Miranda, entretanto, não limita o impedimento ao primeiro grau,

aludindo à sua extensão in infinitum (5). Entre os povos civilizados, não há discrepância quanto à proibição de casamento entre parentes na linha reta (Clóvis

3 Espínola. A Família no Direito Civil Brasileiro, nº 21. nota 69; Sá Pereira, Lições de Direito de Família, p. 92

4 Lafayette, Direito de Família, § 15.

5 Pontes de Miranda, Direito de Família, § 10.

Beviláqua), mais por inspiração moral do que biológica. É aliás, um traço marcante nos povos de cultura ocidental serem exógamos (6).

Por motivos tanto de ordem eugênica, em face da observação de que as uniões consanguíneas próximas geram taras fisiológicas, como ainda considerações

de moralidade pública, presentes estas no parentesco consanguíneo como no afim, o incesto constitui um dos mais profundos tabus da Humanidade (7). É

milénar o seu repúdio nas leis e nos costumes. Na literatura clássica é bem viva a sua condenação na tragédia de Sófocles, onde se vê com horror Édipo desposar a mãe depois de assassinar o pai.

O parentesco resultante da filiação anteriormente denominado espúria (adultério ou incesto) poderá provar-se pela confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida (Código Civil, art.184). Não importa em reconhecimento de paternidade, mas de simples declaração destinada a levar ao processo de habilitação o fato proibitivo. Tais sejam as circunstâncias, a prova colhe-se em segredo de Justiça.

Não obstante a Constituição de 1988 haja equiparado todos os filhos e abolido todas as designações discriminatórias, o casamento de parentes próximos na linha reta como na colateral, continua em vigor o impedimento do art.183, nº I, do Código Civil.

Nosso direito atual não cogita do chamado parentesco espiritual (cognatio spirituallis), originário do batismo, que, anteriormente e sob fundamento canônico, obstava o casamento do padrinho com a afilhada, e entre os pais do batizado e os padrinhos (8).

B - Parentesco em linha colateral. Motivos de ordem moral, e também biológica, aconselham não se unam em matrimônio parentes próximos, posto que colaterais. O ambiente familiar se envenenaria de concupiscência, estimulada

pela proximidade constante, se a lei tolerasse a união matrimonial entre colaterais próximos. Por isto, proíbe o casamento entre consangüíneos (irmão e irmã). entre afins (cunhados durante o cunhadio), entre o adotado e o filho superveniente ao adotante.

Razões biológicas desaconselham, ainda, as uniões entre consangüíneos próximos, pelo risco de se agravarem taras e malformações somáticas, defeitos

psíquicos, ou outros, que se podem conservar como caracteres recessivos, e vierem a eclodir somados na descendência.

A idéia, contudo, da repulsa ao incesto entre colaterais é um tanto relativa, e se alarga ou restringe em função da sensibilidade moral, variável em cada época (9).

6 Ennecerus, Kipp y Wolff. Tratado. Derecho de Familia, v. I. § 12.

7 Carbonnier. Droit Civil, v. II. n° 12. p. 50.

8 Lafayette, Direitos de Família, § 15, nota 5.

9 Sá Pereira, ob. cit. p. 94.

A criação da Humanidade, na concepção bíblica, e a sua recriação após o dilúvio assentam no incesto dos filhos de Adão e de Noé. A mitologia mediterrânea povoa o Olimpo de filhos incestuosos dos deuses. E até hoje, entre povos que não cultivam o mesmo grau cultural da civilização romano-cristão do Ocidente, a repulsa ao incesto é presente apenas entre irmãos uterinos.

Tem variado, no tempo e no espaço, a proibição do casamento entre colaterais, ora abrangendo graus mais remotos, ora mais chegados, em uns países e em outros. O Direito Canônico proíbe no 3º grau canônico (correspondente ao quarto grau civil), embora se trate de um impedimento que os Bispos são autorizados a levantar ("dispensa").

No Brasil, o impedimento tem sofrido variações: no direito pré-codificado compreendia apenas o segundo grau, sendo freqüentes as uniões conjugais entre tio e sobrinha; o Código Civil de 1916 levou-o ao terceiro, com aplausos da doutrina (10); mas o Decreto-Lei no 3.200, de 19 de abril de 1941, admitiu possa levantá-lo o juiz e autorizar o casamento, à vista de laudo proferido por dois médicos por ele designados, que examinem os nubentes e atestem a inexistência de motivos que o desaconselhem.

No direito estrangeiro, varia a rigidez do impedimento. Para o italiano, a par do impedimento absoluto na linha reta (consangüíneos e afins) e na colateral entre irmãos, o casamento é vedado em outros graus de parentesco (entre tio e sobrinha, entre cunhados, entre adotante e adotado ou seus descendentes), mas com possibilidade dos interessados obterem dispensa (11).

C - Adoção. Este impedimento (*impedimentum cognationis legalis*), como visto, é restrito na linha colateral ao filho adotivo com o superveniente ao adotante, já que o parentesco civil não se entende além dessas pessoas. Tem fundamento moral e vigora em todos os países em que a adoção é permitida (12).

Com a criação, em nosso direito, da adoção (nº 415, *infra*), o impedimento

vigora como na filiação legítima, porque do novo instituto se origina um status (embora ficto) para o legitimado, e guardado o sigilo que o envolve, não tem cabida romper-se para efeito de permitir o casamento nos casos em que o parentesco biológico o impede. A matéria é, todavia, controversa, sustentando o Prof. Antônio Chaves que o impedimento matrimonial limitado ao que dispõe o Código Civil é uma exceção aos efeitos da legitimação adotiva. A adoção realizada nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente integra o adotado na família do adotante, devendo prevalecer o impedimento igual ao da família biológica.

10 Espínola. ob. cit., nº 22, nota 77.

11 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, v. I, § 53.

12 Cândido de Oliveira, *Direito de Família*, in *Manual Lacerda*, v. V, § 26, p. 46.

13 Antônio Chaves, *Adoção e Legitimação Adotiva*, nº 195, p. 563.

Quanto ao impedimento da adoção plena com seus consangüíneos, não há dúvida de que vigora nos termos do art.183 do Código Civil, embora se tomem ou possam tomar as declarações em segredo de Justiça.

D - Bigamia. Tendo em vista o tipo familiar monogâmico dominante no mundo ocidental, constitui impedimento a existência de um casamento anterior. Não é, obviamente, o fato de já se ter antes casado qualquer dos contraentes, mas o de ser casado. A proibição, que vigora enquanto o matrimônio anterior subsistir, desaparece com a sua dissolução pela morte do outro cônjuge ou por decreto judicial de anulação ou de divórcio. Se, após a celebração do segundo casamento, o primeiro é declarado nulo, deverá prevalecer o segredo, pois o que se reputará impedimento é o casamento válido; se o não é, não macula as núpcias realizadas. Enneccerus, Kipp e Wolff consideram neste caso o casamento anterior como impedimento impediante, mas isto não se encontra em nossas leis. Desaparece, também, pela sentença de divórcio (15), proferida segundo a lei que autorize, subordinada sua eficácia à definitividade, se decretado regularmente no Brasil, e à sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, se o tiver sido no estrangeiro e com o efeito liberatório proclamado pela mais alta Corte. A separação judicial não modifica a situação, porque respeita o vínculo matrimonial, dissolvendo apenas a sociedade conjugal, salvo se convertido em divórcio. Subsiste, ainda, o impedimentum legaminis seu vinculi na hipótese de o outro cônjuge ser declarado ausente (v. nº 425, infra), dado que a respectiva sentença não equivale à proclamação da morte; não tem este efeito. No tocante portanto, à existência de casamento anterior, a modificação mais profunda adveio da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que introduziu o divórcio no País.

E - Adulterio. Posto que dirimente absoluto, este impedimento é tratado em termos mais restritos, pois que se institui dizendo não poderem casar o cônjuge adúltero com o seu co-réu por tal condenado (diríamos hoje: co-autor). Não admite a lei se argúa o adultério simplesmente, pois converter-se-ia em fonte de escândalos. Qualifica como impedimento a condenação em crime de adultério, o que na verdade esvazia a proibição, dado que a vida forense quase não registra ações penais com este fundamento. Onde há divórcio, o impedimentum adulterii encontra maior objetividade, proibido o casamento entre o cônjuge divorciado por adultério e o que ele o praticou, mas acentua-se que é mister tenha sido o

adulterio a causa do divórcio (16).

Além de sua pouca ou quase nenhuma incidência, o impedimento na verdade não se justifica (17).

14 Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado, Derecho de Familia, v. I, § II.

15 Carbonnier, Droit Civil, n° 12, p. 47; Mazeaud, Leçons, v. I, n° 757.

16 Enneccerus, Kipp y Wolff, Derecho de Familia, Vol. I. p. 15.

17 Espínola. ob. cit., n° 24. nota 82; Sá Pereira, Lições, P. 163; Orlando Gomes,

ob. cit. 48: Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil, v. I, n°. 756.

IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

63

Sob aspecto moral, mais correto age aquele que se casa com a mulher que induziu ao erro, do que o que a abandona. A vida social está cheia desses exemplos, merecendo aplausos quem repara o mal.

Enquanto vigorar o impedimento, subsiste a questão se é o mesmo para ambos os cônjuges o comportamento adúltero. Tempo houve em que se entendia que delinqüê a mulher pela prática de qualquer relação sexual, ao passo que no

homem se exigia o extremo da amante teúda e manteúda (18). A tendência moderna

é equiparar os comportamentos masculino e feminino e qualificar como adúlterio

toda quebra do dever de fidelidade conjugal (19).

F - Homicídio. Não pode casar o viúvo ou viúva com o condenado por homicídio de seu consorte. Também aqui o que caracteriza o impedimento (crimen) é a condenação, não bastando a mera acusação ou o processo. A proibição vai alcançar obviamente o mandante ou autor intelectual, desde que condenado. E estende-se, por lei, ao que o for por tentativa de homicídio, ainda

que de outra causa venha a falecer a vítima.

A inspiração do impedimento é moral, presumindo-se no cônjuge supérstite repugnância por quem tirou ou tentou tirar a vida de seu consorte. E se não a sente,

a sociedade manifesta-se pela proibição legal (Espínola, Beviláqua).

Este impedimento deverá prevalecer apenas no caso de "homicídio doloso", pois que a ausência do animus necandi no crime "culposo", e até um sentimento

de reparação, pode levar o agente a aproximar-se do que enviuvou, daí nascendo

afeição a ser consagrada pelo casamento. O Projeto Beviláqua aludia ao "homicídio

voluntário", traduzindo esta interpretação, que nos parece deva sobreviver, já que não se compadece com a hermenêutica da lei um entendimento irracional.

É, aliás, princípio assente em doutrina estrangeira (20).

Uma vez reconhecida a "união estável" (Constituição, art. 226, §§ 3° e 4°),

novas modalidades de impedimentos devem ser consideradas: a) entre filho (ou

filhos) de um dos companheiros e filhos do outro (ou outra) estranhos à "união"

(§ 3º); b) entre o companheiro (ou companheira) e filho de seu parceiro (ou parceira na "união"). Tais impedimentos são análogos ao do art. 183, nº V do Código Civil relativos à adoção.

381. Impedimentos Dirimentes Privados

Também estes são relevantes. Celebrada a núpcia ao seu arrepio, inquina-se de falha que vai atingir a sua validade. Mas os motivos não se apresentam agora tão graves que atinjam a sociedade. Via de regra, não transbordam das pessoas dos contraentes ou de seus próximos. De conseguinte, não considera o legislador

18 Cândido de Oliveira, ob. cit.. p. 66.

19 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 1.424; Planiol, Ripert et Boulanger, Traité

Élémentaire, v. I. nº 1.086.

20 Ruggiero et Maroi, Istituzioni, v. I, § 53.

conveniente franquear sua oposição a qualquer pessoa, senão apenas àqueles que tenham legítimo interesse. Nos seus efeitos, o casamento celebrado, contravindo-os, será anulável e não nulo, atacável pelo próprio cônjuge prejudicado ou seu ascendente, e vedada ao Ministério Público a iniciativa da ação.

São os seguintes:

A - Coação ou incapacidade. Trata-se, nesse passo, de um defeito da vontade, fundado em que o matrimônio, segundo a tradição romana, se origina do consentimento e não do comércio sexual: nuptias consensus non concubitus facit. Destarte, a ausência de vontade positiva é um obstáculo à núpcia válida.

O coacto, efetuando embora uma emissão de vontade, a ela é conduzido por força de uma insinuação que no ato substitui o seu verdadeiro querer pelo do coator. Constitui coação a violência física (vis absoluta), que impõe a cerimônia a quem não quer casar, e o faz sob violência atual. Numa sociedade civilizada, dificilmente pode ocorrer, embora não seja impossível. Constitui também coação, e esta mais viável e freqüente, a ameaça dirigida ao agente, incutindo-lhe o temor de dano à sua pessoa, à sua família ou a seus bens, iminente e igual, pelos menos, ao receável do ato extorquido (vis compulsiva). A coação, que deve ser grave e atual, aprecia-se em relação às condições pessoais da vítima, mas tal não se considera o temor reverencial ou a ameaça do exercício normal de um direito (v., sobre coação, nº. 91, supra, vol. I). Embora sem a importância que lhe atribuía Pothier, a coação é ainda considerada um defeito do consentimento que propicia a anulação do matrimônio (21).

A jurisprudência pátria acusa a sua presença, com assiduidade cada vez

menor, o que não dispensa de considerá-la no plano da invalidade do casamento (v. n° 392, infra).

A incapacidade para manifestar de modo inequívoco o consentimento (por causa mecânica, química ou psíquica) traduz impedimento e assemelha-se à coação, como técnica de insinuar no psiquismo do contraente uma vontade que não é a sua, e obter uma declaração volitiva não autêntica.

O impedimento abrange ainda os loucos não interditados. Se estiverem sob curatela, incidem no impedimento específico adiante examinado. Mas, nem pelo fato de faltar a sentença de interdição poderá o alienado mental casar-se, pois que

a incapacidade para manifestar o consentimento advém de suas condições pessoais e não do decreto judicial. Não é o problema de saber se a incapacidade vigora nos lúcidos intervalos (v. n° 50, supra, v. I), mas de apurar se no momento da celebração o contraente era ou não apto para consentir (22). A distinção entre o casamento do amental não interditado e do que está sob curatela vem feita por Laurent, e, entre nós, por Cândido de Oliveira (23).

21 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons, v. I. n° 735; Francesco Degni, Il Diritto de Famiglia, p. 152.

22 Pontes de Miranda, Direito de Família, § 11.

23 Laurent, Principies de Droit Civil Français, v. II, p. 359; Cândido de Oliveira,

Manual Lacerda, v. V. p. 72.

Quanto aos surdos-mudos, o problema é igualmente complexo: se o defeito lhes vem de um distúrbio da mente, enquadram-se na categoria dos loucos. Em caso contrário, a questão desloca-se para o campo educacional, admitindo-se o casamento se forem eles capazes de manifestar a sua vontade inequivocamente, posto que surdos-mudos.

Não falta quem aqui inscreva o erro essencial. Embora possa ser fundamental a anulação do casamento (v. n° 392, infra), não constitui todavia, impedimento matrimonial, pela razão de se não externar guardando-se ao revés como fenômeno psíquico, que se passa na consciência do nubente. Pode induzir a invalidade do matrimônio, uma vez provado pelo interessado na ação própria, mas não se concretiza para ser oposto por terceiro.

Não se inscreve, também como impedimento e nem como causa de anulação, o dolo, como se verá (v. n° 392, infra).

B - Rapto. Tirada a mulher de sua casa, vigora o impedimento, enquanto permanecer em poder do raptor. E cessa, estando ela em lugar seguro. Reminiscência canônica é um impedimento ocioso, porque se a mulher se opõe ao raptor, mas casa-se neste estado, incorre em coação anteriormente examinada. Mas, se o rapto ocorreu com a sua convivência, casa-se porque quer, e não seria caso de anular-se. Nem se objete com a menoridade, pois nesta hipótese seria outro o impedimento, examinado em seguida.

C - Incapacidade. Os menores sujeitos ao pátrio poder ou à tutela, e os que

estão sob curatela não podem casar enquanto não obtiverem o consentimento do pai, do tutor ou do curador. Em matéria de casamento, a lei teve em vista circunstâncias influentes na manifestação do consentimento, diversas das que envolvem os atos ordinários da vida civil. Atendendo a tais considerações, a pessoa em cuja dependência se encontre o incapaz dará a sua autorização, e com isto o habilita à celebração de matrimônio válido.

Divergindo os pais, prevalecia a decisão paterna pelo Código Civil, art.185. Esta solução legislativa não é unânime. Em alguns sistemas, o poder de autorizar é conferido ao pai. Em outros, a ambos os pais, cabendo ao juiz resolver em caso de desacordo destes. O Código Brasileiro de 1916, como explica Beviláqua, em comentário ao art. 185, teve em vista a realidade nacional: habitualmente, o consentimento se verifica na plena harmonia do casal, sendo os problemas resolvidos no clima e sob inspiração da afeição paterna. Se, porém, os pais se mantivessem irreduzíveis no desentendimento, considerava-se melhor que prevalecesse a autoridade paterna do que levar logo o caso ao debate judiciário, o que não deixa de marcar com o selo de um conflito as relações do casal que se vai formar. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, alterou o sistema, mandando que prevaleça a vontade do cônjuge com quem estiverem os filhos, no caso de estar o casal separado ou divorciado, ou de anulação do casamento (art. 50, nº 3). A vontade paterna predomina, em não ocorrendo qualquer dessas hipóteses. Negada a anuência (pelos pais, ou pelo pai, no caso da divergência), poderá o

interessado recorrer à autoridade judiciária, que suprirá a autorização, em verificando que a recusa é injustificada (art.188), e fundado no seu arbitrium boni viri, depois de ouvidos os pais sobre as razões da recusa. Ocorre, entretanto, neste caso, que o regime de bens no casamento será de separação obrigatória, no propósito de acautelar o incapaz, o que nem sempre tem correspondência na realidade.

Não constitui uma "dispensa" este arbítrio do juiz, porém uma faculdade concedida pela lei, no sentido de resolver que não prevalece o impedimento da falta de autorização, quando decorre de mero capricho ou de razões infundadas ou mal fundadas.

De acrescer é, ainda, que se o casamento for celebrado com infringência do impedimentum aetatis, não se anulará, se resultou gravidez (Código Civil, art. 215).

Se havido fora do matrimônio o filho, cabe a anuência ao genitor que o houver reconhecido; e, se ambos o tiverem, ao pai. Em falta de reconhecimento, mas evidenciada a circunstância da maternidade, compete à mãe dar a autorização.

Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, o consentimento é atribuído àquele em cuja guarda o menor se encontre.

Problema ocorre com a adoção, em que o silêncio da lei se faz sentir, decidindo a doutrina que compete ao adotante dar a autorização, porque é ele (e não o pai pela natureza) quem exerce o pátrio poder (24).

O menor sob tutela necessita da autorização do tutor, seja este parente ou estranho. Suprível, igualmente, se o juiz vir que a recusa não tem justificativa.

O curador do interdito é quem teria o poder de autorizar. Mas não há cogitar da espécie, porque o louco incide em impedimento específico. O pródigo aí está incluído, embora inadequadamente, porque a sua incapacidade se refere à vida econômica (25). Realizado, todavia, o matrimônio sem aquela anuência, não subsiste

o pacto antenupcial acaso firmado, prevalecendo a comunhão parcial de bens (26).

Revogação. É pacífico que o consentimento dos pais, tutores e curadores pode revogar-se até o momento do ato, que é quando deve produzir os seus efeitos, correndo tal comportamento à conta da afeição ou do interesse pelo incapaz (27).

D - Idade. Não podem casar os homens menores de 18 anos e as mulheres menores de 16. Esta questão da idade núbil é sempre debatida. À parte o Direito Romano, que considerava aptos os varões aos 14 anos e as mulheres aos 12; e abstraindo de outras legislações cuja variedade é enorme; atemo-nos apenas ao Direito brasileiro: ao tempo do Império, vigoravam os limites romanos (28).

24 Pontes de Miranda, Direito de Família, § 11.

25 Cândido de Oliveira, ob. cit., p. 75.

26 Lafayette, ob. cit., § 51. nota 2.

27 Clóvis Beviláqua, Comentários ao Código Civil, v. II, art. 187; Cândido de Oliveira.

ob. cit., p. 115; Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, n° 866;

Mazeaud. Leçons, v.1. n° 748.

28 Lafayette, ob. cit., § 13.

O Decreto n° 181, de 1890, fixou em 14 anos para as mulheres e 16 para os homens; o Código Civil de 1916 estabeleceu 16 e 18, respectivamente; o Projeto de 1965 (contra o nosso voto na Comissão Revisora) mencionou 14 anos para as mulheres e 16 para os homens. O Projeto de 1975 retorna aos limites de 18 e 16 anos.

Esta diversidade de tratamento legislativo, ao fixar diferentemente o tempo núbil no homem e na mulher, provém de duas ordens de causas: de um lado, o desenvolvimento fisiológico, que na mulher precede ao do homem, tornando-a antes dele apta à procriação; de outro lado, a gravidade do ato matrimonial e das responsabilidades que gera, aconselham dilatar o momento em que o varão deve assumi-las, pois normalmente a direção do lar a ele compete, exigindo-lhe maior amadurecimento.

O legislador brasileiro fixou os limites vigentes em face do desenvolvimento médio no meio nacional. Não obstante as sugestões em contrário, continuamos na convicção de que não é aconselhável mudar esta política legislativa: antes dos 16 anos, falta à mulher o completo desenvolvimento físico e psíquico para ser mãe de família; e é de crescer que antecipação dos limites de idade favorece uniões de jovens sem a necessária, experiência provocando inevitáveis desentendimentos.

382. Impedimentos Impedientes

Depois do estudo dos impedimenta dirimentia, cogitamos aqui dos impedientes, que não têm por efeito a invalidade do casamento, mas, ao revés, *impediunt fieri, facta tenent*, impondo a lei certas sanções ou penalidades civis ao infrator. Não falta, por isso mesmo, quem os desclassifique da categoria de

iiilpediiiiieitu (Cândido de Oliveira), o que encontra receptividade apenas limitada, dado que, tradicionalmente, se conserva a denominação. O Projeto de 1975 denomina-se "causas suspensivas".

São os seguintes:

A - Confusão de patrimônios. O primeiro deles veda o casamento ao viúvo ou viúva que tenha filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do extinto casal, e der partilha aos herdeiros. Destarte, visa a lei a evitar que se confunda o acervo patrimonial em que são interessados os filhos do primeiro leito com o que vai constituir o substrato econômico da sociedade conjugal recém-formada. E tem ainda em vista obstar que as novas afeições e criação da nova prole possam influenciar o bínubo, em detrimento dos filhos do antigo casal.

Originariamente, o Código referiu-se apenas ao inventário, sem a alusão que o Projeto primitivo fazia à partilha. Isto gerou controvérsia, a saber se esta completava aquele, suscitando em João Arruda a consideração de que a exigência legal se limitava ao inventário, uma vez que a partilha como ato dos herdeiros poderia ser diferida, condenando o sobrevivente à viuvez longa, senão perpétua. Estas razões, como Beviláqua assinala, não procedem, uma vez que é a partilha

que define claramente o direito de cada um, e o estado de indivisão é sempre provisório. No conflito de opiniões, sagrou-se vencedora esta exigência, acolhida em reforma legislativa e integrada ao inciso legal (29).

O impedimento é temporário. Vigora enquanto o cônjuge sobrevivente não fizer o inventário, e cessa com a homologação da partilha.

A sanção imposta ao infrator é a perda do usufruto dos bens dos filhos (Código Civil, art. 225) cumulada com o regime de separação obrigatória (art. 226).

B - Confusão de sangue. Dissolvido o casamento, pela anulação ou pela morte do marido, não pode a mulher casar de novo, antes de decorridos 10 meses. Aqui, o impedimento visa a evitar a turbatio sanguinis, que fatalmente ocorreria, tendo em vista que se presumiria do falecido o filho que nascesse até 300 dias da data do óbito ou da sentença anulatória, enquanto que igual presunção atribuiria a paternidade ao segundo marido quanto ao filho que nascesse até 180 dias da mesma data, e até antes, como se verá mais longe (v. n° 410, infra). Deve-se abrir exceção para o caso de ser o casamento anterior anulado por impotência couendi, desde que absoluta e anterior ao matrimônio (30) ou quando resulta evidente das circunstâncias a impossibilidade física de coabitação entre os cônjuges (31).

É certo que tal princípio resulta de lei expressa no direito francês, mas ele é tão lógico que não trepidamos em adotá-lo, doutrinariamente, pois se o impedimento se funda na idéia de evitar a incerteza da paternidade, essa não ocorreria em tal caso.

Afastando o problema, criou-se o impedimento à segunda núpcia, automaticamente levantado se antes daquele prazo a mulher dá à luz algum filho.

Também neste caso a sanção é apenas econômica, tal como a anterior.

O mesmo impedimento da turbatio sanguinis deve prevalecer em caso de divórcio.

C - Contas da tutela ou curatela. O tutor ou curador, e os ascendentes, descendentes, irmãos, cunhados e sobrinhos de um ou outro não podem casar com o tutelado ou curatelado, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Trata-se de defender o incapaz contra o administrador de seus bens que procure num casamento o meio de se livrar da prestação de contas.

Não vale a quitação dada pelo próprio interessado, porque as contas se prestam in iudicio. Mas o impedimento considera-se levantado mediante a

29 Clóvis Beviláqua, Comentários ao Código Civil, v. II ao art. 183, n° XIII, p. 25;

Cândido de Oliveira, Direito de Família, in Manual Lacerda, v. V, § 116, p. 248;

Eduardo Espínola, A Família no Direito Civil Brasileiro, p. 83, nota 88;
Ferreira Coelho, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, v. XII, p. 330.

30 Ruggiero e Maroi, Istituzioni, v. I, § 53.

31 Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, n° 829;
Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, n° 758.

permissão paterna ou materna manifestada por escrito autêntico ou por testamento, sob a presunção de que ninguém mais do que os pais revela zelo na defesa da fazenda do filho.

D - Autoridades. Afinal, assenta a lei um impedimento que nos legou o direito reinol, que à sua vez o recebeu do romano (Digesto, Livro 23, Tít. II, pr. e fr. 63: Código de Justiniano, Liv. V, Tít. II, Lei 7); não podem casar o juiz, o escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com órfão ou viúva residente na circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício.

Historicamente, justificou-se pelo receio de que a autoridade amolecasse nas suas funções, pelo fato de se ligar ao local por afeição ou sentimento.

Não se considera hoje em dia relevante a proibição, e menos ainda em relação aos parentes do juiz ou escrivão. E não se dá maior significado ao impedimento, que cessa à vista de licença especial concedida pela autoridade judicial superior, e desaparece em caso de remoção ou promoção a outra Comarca.

Outros impedimentos. Leis especiais criaram restrições ao casamento de certas pessoas, em razão de seu estado ou profissão, equiparáveis a impedimentos e assim por alguns denominados (32).

Referem-se aos militares (Exército, Marinha, Aeronáutica), aos funcionários diplomáticos e consulares, e obstam à celebração do matrimônio. Realizado este ao arrepio das restrições, não induz a nulidade do ato, porém, sujeita o infrator

a punições regulamentares (33). Os impedimentos originários das ordens sacras somente vigoram no âmbito do direito canônico, não os reconhecendo a lei civil.

Também não constituem impedimento as enfermidades somáticas, malformações ou defeitos. Em alguns casos, porém, poderão provocar a anulação do matrimônio por erro essencial quanto à pessoa (v. n° 392, infra).

383. Oposição dos Impedimentos

Classificados que são os impedimentos matrimoniais em razão dos interesses sociais que retêm, cogita a lei de sua oposição em termos mais simples do que na sua distribuição. Segue orientação que reflete dualidade de medidas: no momento de os enunciar, coloca os dirimentos em duas classes atendendo à sua gravidade e à repercussão social. E esta distribuição vai-se refletir na sanção e legitimidade para agir: os dirimentos públicos ou absolutos geram a nulidade do matrimônio, e os privados a sua anulabilidade, postulável exclusivamente pelos próprios interessados ou pelos seus representantes (v. n°s 391 e 392, infra).

32 Eduardo Espínola, ob. cit., p. 86; Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado, Derecho de Familia,

v. I. § 17.

33 Jemolo. N° 27.

Forte em Kohler, nota Espínola que não existe correlação necessária entre o matrimônio e os pressupostos da capacidade matrimonial: se o casamento foi celebrado tendo presente os elementos que nós outros designamos como pressupostos fáticos, ele existe, sem embargo de contravir aos impedimentos desenvolvidos neste Capítulo. E, tal seja a sua natureza, é possível que prevaleça o matrimônio, como tudo ficou acima esclarecido (34).

Onde se nota diversidade marcante é nisto: a sociedade tem interesse em que se não realize o casamento de pessoas entre as quais milita o impedimento. Mas, celebrado ele, a conveniência social reside na sua conservação, salvo o desfazimento daqueles infringentes de normas condizentes com a paz civil e doméstica, ou disposições de ordem pública.

Daí ocorrer este contraste: não são as mesmas pessoas credenciadas a pedir a nulidade ou a anulação, as que podem acusar o impedimento. Estas são em maior número como se vê:

A - Todos os dirimentes (públicos e privados) podem ser opostos pelo juiz celebrante, pelo escrivão encarregado do processo de habilitação, e ainda por qualquer pessoa interessada, que tenha conhecimento do obstáculo ao casamento, inclusive o representante do Ministério Público quando tenha conhecimento dele (35). Sustenta Sá Pereira que o órgão do Ministério Público não pode opor o impedimento, porque não recebeu esta competência, e, como competência não se presume, falece-lhe a atribuição específica (36). Não tem, contudo, razão, pois se a qualquer do povo é lícito apontá-lo, com mais razão o é ao representante da sociedade, que ainda é, funcionalmente, o defensor do direito objetivo.

B - Os impedimentos do art.183, nº XIII a XVI, dada a sua própria natureza, não poderão ser argüidos senão por aqueles que o Código especialmente menciona: 1º., os parentes em linha reta de qualquer dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins, compreendidos pois os ascendentes como os descendentes, que todos têm igual interesse; 2º, os colaterais em segundo grau, ou seja, os irmãos e cunhados; 3º, lembra, ainda, Espínola que se a dissolução do casamento se deu por sentença, e não pela morte, o marido (ou ex-marido) tem legítimo interesse em evitar a turbatio sanguinis, embora não o diga a lei (37).

Exposta assim a questão da capacidade para opor os impedimentos, vem agora a questão da oportunidade. E esta se liga particularmente ao processo de habilitação: anunciada a núpcia pela publicação dos proclamas, abre-se o prazo de 15 dias, dentro no qual os interessados podem objetar contra o casamento. Decorrido in albis o lapso, e passada a certidão de habilitação, é ainda lícita a

34 Eduardo Espínola, ob. cit., nº 21.

35 Eduardo Espínola, ob. cit., nº 28, nota 95.

36 Sá Pereira, Lições de Direito de Família, p. 98.

37 Espínola, ob. cit., nº 28, nota 96.

apresentação do impedimento, até o momento da cerimônia. Com uma diferença,

todavia: enquanto não certificada a habilitação, o interessado dirige-se ao escrivão;
depois dela, ao juiz.

Formulada a oposição, suspende-se a cerimônia. Mas, se o incidente ocorrer no ato, é mister seja qualificado o oponente e formalizada a representação (38). Não

se poderá interromper uma solenidade grave pelo simples fato de uma pessoa enunciar a existência de impedimento, sem provar as suas qualidades e sem trazer as provas da acusação. .

Forma de oposição. Para que se não transformem em estímulo as imputações caluniosas ou levianas, nem encorajem despeitos e paixões incontidas, prescreve a lei certo formalismo a ser observado sempre que se argua impedimento matrimonial : a) o oponente não se pode ocultar sob o manto do anonimato, mas, ao revés, apresentar-se-á descoberto, acusando-o sob a responsabilidade de sua assinatura; h) alegará o fato por escrito, indicando as razões de sua plausibilidade,

para que o oficial ou autoridade judiciária se não desviem de seus misteres com formulações descabidas, e se não molestem os nubentes por alegações vãs; c) provará ser, ele oponente, pessoa maior e capaz; d) fará a denúncia acompanhada de prova do fato alegado, ou, se lhe não for possível, precisará o local onde se encontre, ou ao menos indicará duas testemunhas residentes no município, que o atestem; e) em se tratando de impedimento impediante, o opositor deverá, ainda, comprovar a sua qualidade, advinda do grau de parentesco com o nubente.

Os autores salientam a necessidade de observância rigorosa da forma de oposição dos impedimentos (39).

Dará o escrivão, aos nubentes, a nota do impedimento com a informação de quem o opôs, e a indicação do fundamento e das provas, ficando (como já se disse acima) suspensa a cerimônia ou a certidão de habilitação.

Aos nubentes caberá produzir a prova contrária, e, convencendo da improcedência do alegado, realizar-se-á o ato. Levantar-se-á o impedimento, por despacho judicial, em face da prova contrária produzida pelos interessados. Mas nada impede ocorra o levantamento voluntário, desde que conste de ato autêntico, emanado do próprio opositor (40).

Sanção. Contra o oponente de má-fé, poderão ser intentadas ações civis ou criminais, cabendo no caso a reparação do dano (41).

Trata-se, aqui, de uma hipótese de dano moral, que muitos consideravam irreparável, mas que nós entendemos tão suscetível de reparação quanto o patrimonial (v. n° 176, supra, v. II) e hoje é matéria superada à vista do que dispõe

38 Pontes de Miranda, Direito de Família, § 15.

39 De Page, v. I. n° 638.

40 De Page, Traite Élémentaire. v. I. n° 644.

41 Clóvis Beviláqua, Comentários ao art.191.

é mister se apure a má-fé do oponente, o abuso que o inspirou, ou ao menos a culpa no seu comportamento (42).

A oposição do impedimento não tem efeito conclusivo sobre a eficácia do casamento, quer em sentido positivo, quer negativo. Assim é que a sua rejeição, e celebração da núpcia, não obsta à propositura da ação da nulidade baseada no mesmo fato argüido. A decisão no processo de habilitação não faz coisa julgada.

Reversamente, se o juiz deixar de suspender a cerimônia ou por qualquer motivo efetuar-se esta ao arrepio da acusação apresentada - *interdictum iudicis* -, daí não decorre a invalidade do matrimônio. Nem se eximirá o interessado da produção de prova cabal na ação que de futuro ajuíze. Diante de dois males, argumenta Sá Pereira, entre o casamento celebrado contravindo à norma, e a sua manutenção, opta a lei pelo que lhe parece menos prejudicial, e, destarte, reconhece o ato, posto que viciado, até que sucumba pelo ataque formal de quem tenha a *legitimatio ad causam* (43).

Dispensa. Não se cogita em nosso direito da dispensa dos impedimentos, tal qual autoriza o Canônico e permitem outros sistemas, como o nosso pré-codificado, que todavia o vedava quanto aos de direito natural ou direito divino:

parentesco consanguíneo em linha reta, impotência, duplo crime de homicídio e adultério, casamento preexistente (44). Exceção se põe no caso dos juizes e escritvães (45), e no parentesco colateral do 3º grau, em face do Decreto-Lei no 3.200/41. (v. nº 381, supra).

Outras situações podem ocorrer, além das estudadas, em que não se dá propriamente a dispensa, mas a realização da núpcia em circunstâncias especiais, como a do menor- para evitar a imposição da pena, facultando-se ao juiz impor aos contraentes a separação de corpos até a nubilidadade (art. 214 e seu parágrafo único).

42 Planiol, Ripert et Boulanger. *Traité Élémentaire*, v. I, nº 457; Jemolo, *Il Matrimonio*, nº 52.

43 Sá Pereira, ob. cit.. p. 99.

44 Lafayette, ob. cit., § 17.

45 Beviláqua, *Direito de Família*, § 15.

Capítulo LXXXVI

CELEBRAÇÃO E PROVA DO CASAMENTO

Sumário: 384. Cerimônia nupcial. 385. Suspensão da cerimônia. 386. Assento do casamento.

387. Casamento por procuração. 388. Casamento nuncupativo. 389. Prova do casamento.

Bibliografia: Eduardo Espínola, *A Família no Direito Civil Brasileiro*, nºs 30 e segs., ps. 102 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito de Família*, §§ 17 e segs.; Pontes de Miranda, *Direito de*

Família, §§25 e segs.; Sá Pereira, Lições de Direito de Família, ps. 103 e segs.; Cândido de Oliveira, "Direito de Família", in Manual Lacerda, v. V, § 66, ps. 133 e segs.; Orlando Gomes, Direito de Família, n°s 56 e segs.; Ruggiero e Maroi, Istituzioni de Diritto Privato, v. I, § 53; Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, n°s 873 e segs.; Jean Carbonnier, Droit Civil, v. II, n° 13; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil, v. I, n°s 813 e segs. Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado, Derecho de Familia, v. I, § 18; De Page, Traité Élémentaire, v. I, n°s 586 e segs.; Arturo Carlo Jemolo, Il Matrimonio, n°s 53 e segs.; Francesco Degni, Il Diritto di Famiglia, ps. 119 e segs..

384. Cerimônia Nupcial

A lei reveste a cerimônia do casamento de solenidades especiais, de publicidade ostensiva, e de gravidade notória. Quer desta sorte enfatizar a sua realização, depois de se ter dedicado às formalidades preliminares, já estudadas. Não a faz tão pomposa como as cidades antigas (1); nem tão solene quanto os rituais eclesiásticos. Mas bastante para revelar a relevância social do ato.

De posse da certidão de habilitação passada pelo oficial (v. n° 378, supra), requererão os nubentes lhes designe o juiz competente, segundo a legislação estadual, dia, hora e local da cerimônia. É prerrogativa da autoridade celebrante determiná-los por despacho, embora normalmente atenda às indicações dos interessados.

O local é o em que o juiz normalmente dá as suas audiências. Se as partes não puderem dirigir-se àquele local público, requererão ao juiz lhes designe outro,

1 Espínola, A Família no Direito civil Brasileiro, p. 103.

É mesmo freqüente a realização no domicílio de um dos nubentes por mera aquiescência do celebrante e sem a prova da motivação justificativa.

A data conjuga-se com a publicação dos proclamas, salvo dispensa destes e urgência comprovada.

A hora deve normalmente compreender-se entre o nascer e o pôr-do-sol. Havendo urgência comprovada (doença, viagem), poderá celebrar-se à noite.

No momento aprazado, de portas abertas o local da cerimônia, para franquear o acesso a qualquer pessoa e afastar os riscos de intimidação ou falseamento da vontade, dará o juiz início à cerimônia.

A presença dos nubentes, pessoal e simultânea, é indispensável (salvo caso

de procuração, nº 387, infra). Duas testemunhas, pelo menos, assistem ao ato, não meramente instrumentárias, mas simbolizando a sociedade, parentes dos noivos, ou estranhos. Marido e mulher podem figurar como testemunhas no mesmo ato (2). Este número eleva-se a quatro (Código Civil, art. 193, parágrafo único), se o matrimônio se realizar em casa particular, e algum dos contraentes não souber escrever. Em presença das testemunhas, o juiz interroga os contraentes - cada um de per si - se é de sua livre e espontânea vontade que recebe o outro em casamento. Inábil a produzir efeito matrimonial será a troca das vontades sem a presença do celebrante (3), salvo lio casamento iri extreniis, adiante referido (nº 388).

Inaceitável igualmente a emissão da vontade nupcial por outra via: epistolar, telegráfica, telefônica, e bem assim a manifestação volitiva indireta por via de portador ou de outra pessoa presente (Engelmann)." A declaração matrimonial há de ser pura e simples, não se admitindo apor-se-lhe qualquer condição ou termo. Os nubelites podem, contudo, manifestar a sua vontade nupcial por escrito ou sinais, se o não puderem fazer oralmente, uma vez que estejam ambos presentes (4). Posto não requeira o direito moderno se pronunciem fórmulas sacramentais, como o Romano exigia da mulher a repetição que as fontes indicam (Ubi tu Gaius ibi ego Gaia), reclama todavia a manifestação clara e escorreita de receberem um ao outro, por marido e por mulher. Se não puder o contraente falar (mudo, afásico), há de se expressar em forma inequívoca, escrita ou mímica. A recusa de responder equivale a uma resposta negativa (7). Recebendo-as positivas, declara a união, mais ou menos nestes termos (art. 194): "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, em, em nome da lei, vos declaro casados."

2 Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, v. I, nº 904.

3 Caibonnier. *Droit Civil*. nº 14, p. 52.

4 Espínola. *ob. cit.*, p. 108.

5 Enneccerus. *Kipp y Wolfl. Derecho de Familia*, v. I, 121.

6 De Page. *Traité Élémentaire*, v. I, nº 630.

7 Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, v. I, nº 905.

CELEBRAÇÃO E PROVA DO CASAMEIVTO 75

Declara-o, pois, em nome da lei, como representante do Estado, e é nesta qualidade que participa do ato.

Daí uma indagação doutrinária: o matrimônio considera-se realizado no momento em que o juiz pronuncia a declaração, ou naquele em que lhe respondem os contraentes à indagação? Não é bizantina a questão, se se atentar em que pode ocorrer a morte de um dos contraentes depois de proferido o duplo consentimento e antes da declaração. E não é impossível o juiz ser atingido de mal súbito naquele momento.

Já o Romano dizia que *nuptias consensus facit*: o que faz o matrimônio é o consenso. O celebrante ouve a manifestação dos contraentes, e os declaracasados. Como representante do Estado, pronuncia a declaração de estarem unidos em matrimônio aqueles que emitiram a manifestação de suas vontades neste sentido. A presença do juiz é fundamental, mas sua declaração, sem embargo de boas opiniões em contrário (8), não é indispensável à validade do casamento (9).

Tanto assim, que a lei reconhece a validade e efeitos civis do casamento celebrado perante autoridade eclesiástica (v. n.º 376, supra) que, segundo a doutrina canônica, é "testemunha qualificada" da vontade dos nubentes. E vai mais longe, aceitando a plena eficácia do matrimônio in articulo mortis, sem a presença mesma do representante do Estado (v. n.º 388, infra), caso em que a declaração nupcial é recolhida apenas pelas seis testemunhas.

385. Suspensão da Cerimônia

Ato público e solene, a cerimônia nupcial flui continuamente, desde a instalação até a assinatura do termo.

Prevê a lei, todavia, venha a suspender-se em três casos:

A - Segundo já vimos ao estudarmos a oposição dos impedimentos (n.º 383, supra), se no correr do ato comparece alguém e acusa a existência de uma causa proibitiva, o celebrante verifica a plausibilidade da arguição, a idoneidade do oponente e a robustez da prova ou informação, suspendendo a cerimônia (n.º 383, supra). Não procederá assim por mera suspeita; será prudente, cauteloso. Mas não poderá dar seguimento ao ato, em face de oposição séria.

B - Suspende ainda a cerimônia, nos casos de faltar a declaração escoreita da vontade nupcial, o que a lei desdobra em três considerações: se algum dos contraentes recusar a solene afirmação de sua vontade; declarar que esta não é livre e espontânea; manifestar-se arrependido.

8 Orlando Gomes, Direito de Família, n.º 58.

9 Clóvis Beviláqua, Comentários ao Código Civil. v. 11, 46; Espínola, ob. cit., p. III; Antonio Cicu, Derecho de Família, p. 47; Sá Pereira, ob. cit., p. 106.

Em tais circunstâncias, não se prosseguirá a cerimônia, pol-que a liberdade matrimonial não comporta dúvidas e incertezas.

E aquele que deu causa à suspensão não é admitido a retratar-se no mesmo dia. Resguarda-se com isto a sua vontade contra qualquer interferência. Mesmo que não se encontre sob influência estranha, a lei lhe propicia um compasso de espera para que bem medite, e, se voltar, traga o propósito seguro e a deliberação amadurecida.

C - Uma terceira causa de suspensão da cerimônia prevê-se para a hipótese de revogação da anuência dos pais, tutor ou curador, para a núpcia do filho sob patria potestas, ou de nubentes sob tutela ou curatela. E, como a autorização é necessária, e se pode revogar até o momento da cerimônia, sua retirada implica em que nela se não prossiga.

Dar-se-á então que se conforme o contraente, e não haverá mais a boda. Em caso contrário, e persistindo a negativa, cabe ao juiz competente, a quem o interessado peticione, proceder segundo a lei do processo: autuação do pedido, audiência do recusante, exame da prova produzida, decisão; e, conforme o caso, reapreciação na instância superior em face de recurso voluntário.

Se assim o entender, decretará o juiz o suprimento de consentimento, e a cerimônia se renovará, sem a autorização, faltosa ou retirada, porrém suprida, de

que tudo se fará menção no processo.

386. Assento do Casamento

Completando o ciclo formal do matrimônio, que se inicia com o processo de habilitação, e prossegue com a cerimônia solene, determina a lei que desta última se lavre termo circunstanciado, de sorte a perpetuar o ato, e dele constituir prova, como adiante se verá (n° 389, infra).

A falta do termo, entretanto, não macula a validade do casamento, nem pesa como falha na celebração (10).

Ao oficial de Registro ou escrivão compete redigir o assento matrimonial, que conterà (Código Civil, art. 195):

1°, os nomes, prenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges;

2°, os nomes, prenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio dos pais;

3°, os nomes, e prenomes do cônjuge precedente e a data de dissolução do casamento anterior;

4°, a data de publicação dos proclamas e da celebração do casamento;

5°, a relação dos documentos apresentados ao oficial do Registro:

10 Cândido de Oliveira, Direito de Família, in Manual Lacerda, v. V, § 143.

CELEBRAÇÃO E PROVA DO CASAMENTO 77

6°, os nomes, prenomes, profissão, domicílio e residência das testemunhas;

7°, o regime do casamento, com declaração da data e do Cartório em cujas notas foi passada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão ou o compulsório estabelecido no Código para certos casos. Em se tratando de contraente incapaz, a autorização dos pais, tutor ou curador, transcrever-se-á integralmente no pacto antenupcial, caso elejam eles regime de bens que o exija;

8°, o nome que passa a assinar-se a mulher, em virtude do casamento (art. 240);

9°, os nomes dos filhos havidos anteriormente ao casamento, se os houver, não porque sem esta menção eles se considerem como não havidos da relação de casamento, mas porque a prova desta circunstância fica desde logo feita (11).

387. Casamento por Procuração

Nem todos os sistemas jurídicos admitem o casamento por procuração. O alemão expressamente o proíbe (BGB, art.1.317), como o francês anteriormente à Lei de 4 de abril de 1915. O direito italiano somente o admite para os militares em tempo de guerra, ou para os residentes no estrangeiro (12).

Permite-o brasileiro, sujeitando no caso os nubentes a formalismo peculiar a esta modalidade. Devem ser outorgados poderes especiais ao mandatário para receber, em nome do mandante, o outro contraente, com a individuação precisa. Não vale a procuração sem esta especificação. Embora não se mencione no Código de 1916, o mauidato convém se outorgue por instrumento público (13). Facultativamente, a procuração mencionará o regime de bens, prevalecendo no seu silêncio o da comunhão parcial, salvo se for obrigatório na espécie o da separação (14).

Por esta via, facilita-se o matrimônio quando um dos nubentes reside em

localidade diversa do outro e não pode deslocar-se, ou quando um deles se acha no estrangeiro em trabalho ou cumprimento de bolsa que não pode interromper. Por esta forma casar-se-á o preso ou condenado, quando Ihe não permita comparecer em pessoa a autoridade sob cuja guarda estiver. Não é, contudo, a procuração, meio hábil de suprir a presença do nubente que esteja na localidade, despertando suspeitas, se tal se der.

Não se dispensa, porém, a cerimônia pública, que se realizará com a presença do contraente e do procurador do outro. Não tem cabimento, portanto, que ambos se façam representar por mandatários; e muito meios que seja constituído um só prociirador (Orlando Gomes). Descrevendo u cerimônia, o

11 Sá Pereira, Lições de Direito de Família, p. 107.

12 Trabucchi. Istituzioni, n° 114.

13 Orlando Gomes. Direito de Família, n° 61.

14 Pontes de Miranda, Direiton de Família, § 28.

78

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

Código autoriza o contraente a constituir mandatário para receber o outro contraente

em seu nome, e é óbvio que, sem a presença de um deles, o ato nupcial perde as características cerimoniais peculiares.

Pronunciada a fórmula legal, declarando a união, lavrar-se-á o assento respectivo, de que conste a circunstância da representação, ficando arquivado em cartório, junto aos demais documentos apresentados, o instrumento de mandato.

Se chegar ao conhecimento do celebrante uma declaração de vontade do mandante, contrária ao casamento, considera-se extinto o mandato especial (15).

Não seria o caso de se suspender apenas a cermônia, ensejando a retratação em outra oportunidade, tanto em respeito à vontade do mandante, quanto em face da natureza revogável do mandato. Para que ocorra então o matrimônio, será indispensável outra procuração, ou o comparecimento pessoal dos cônjuges, isto é: novo casamento.

Não poderá casar por procuração o nubente estrangeiro, se a sua lei nacional o não admitir (16).

388. Casamento Nuncupativo

Tratando do processo de habilitação, e explicando depois a celebração. vimos que o ritual demanda vários dias: apresentação dos documentos; publicação dos proclamas; decurso do prazo destes; certidão de habilitação; designação de dia, hora e local; comparecimento dos contraentes e testemunhas. Vimos, também, que, em caso de urgência, o juiz irá celebrá-lo em casa do nubente, mesmo à noite, ou far-se-á substituir pelo seu suplente, cabendo nomear escrivão ad hoc, que lavre o termo próprio ou em avulso.

Pode acontecer, todavia, que as circunstâncias se não compadeçam com estas exigências, tornando-se mister a imediata celebração do casamento, estando algum dos contraentes em iminente risco de vida (Código Civil, art. 199). É o caso do casamento in extremis ou in articulo mortis, que Carlos de Carvalho denominou nuncupativo, por analogia com o testamento in extremis, que já se chamava assim. E a denominação pegou (17).

Neste caso, apresentados os documentos, o escrivão, mediante despacho do

juiz, dará certidão da habilitação, independentemente da publicação dos proclamas. Mas, se não houver tempo para a apresentação dos documentos e para a dispensa dos editais, a iminência da morte aconselha se celebre o casamento subordinado à habilitação a posteriori (18).

15 Espínola. A Família no Direito Civil Brasileiro, p. 112.

16 Clóvis Beviláqua, Direito de Família, § 17-A.

17 Pontes de Miranda, ob. cit., § 29; Sá Pereira, ob. cit., p. III. Sobre o casamento

in extremis, ver ainda: Clóvis Beviláqua, ob. cit.. § 17-A; Orlando Gomes. n° 60; Espínola, ob. cit., p. 106. Planiol, Traite Élémentaire de Droit Civil, v. III.

18 Sá Pereira. ob. cit.. p. 113.

Não obtendo a presença da autoridade a quem incumba presidir ao ato, nem a de seu substituto, poderá celebrar-se o casamento na presença de seis testemunhas,

que não tenham parentesco em linha reta com os nubentes (pais, avós, sogros) ou na colateral em segundo grau (arts.199 e 200).

Nos cinco dias subsequentes, abrir-se-á processo especial (Lei n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 76), sendo ouvidas as testemunhas pela autoridade judicial mais próxima, e tomando-se por termo as suas declarações: que foram convocadas pelo enfermo; que lhes parecia este em risco de vida; que, em sua presença, livre e espontaneamente, declararam, receber-se por marido e mulher. Não comparecendo todas as testemunhas, qualquer interessado poderá requerer a sua intimação.

Procederá o juiz às diligências necessárias a apurar se os contraentes podiam ter-se habilitado na forma ordinária, ouvirá os interessados que o requereram, dentro em 5 dias verificará a idoneidade dos cônjuges para o casamento, e decidirá. Passada em julgamento a sentença, com falta ou desprovimento de recurso, o juiz mandará transcrevê-la no Livro de Registro dos Casamentos. O assento assim lavrado retrotrairá os seus efeitos à data da celebração em relação aos cônjuges; e à do nascimento, em relação a filhos havido anteriormente pelo casal. Convalescendo o enfermo, serão dispensadas estas formalidades com a ratificação do casamento em presença da autoridade competente, e do oficial do Registro. Esta ratificação, ao contrário do que sustenta Beviláqua, não exige novo casamento. bastando a declaração confirmatória da vontade nupcial (19). Não havendo a ratificação, após a convalescença, não tem valor este casamento (20). Sobre as formalidades relativas ao casamento nuncupativo, estendeu-se a Lei dos Registros Públicos (Lei n° 6.015, de 1973, art. 76 e seus parágrafos). O Projeto de Código Civil de 1973 regula-o nos arts.1.538 e 1539.

389. Prova do Casamento

Como todo ato jurídico, o casamento está sujeito a comprovação, por necessidade de demonstrarem os cônjuges o seu estado em razão dos filhos. E o legislador instituiu sistema de prova pré-constituída (21).

Segundo a sistemática do Código, o assento lavrado em seguida à

celebração (v. nº 387, supra) constitui a evidência específica, dizendo-se, então, que o casamento celebrado no Brasil se prova pela certidão do registro (art. 202). Quem invoque a sua qualidade de cônjuge, deve apresentar a certidão de casamento (22).

19 Espínola. ob. cit.. p. 129; Sá Pereira. ob. cit. p. 114.

20 Clóvis Beviláqua. ob. cit.. § 17-A; Pontes de Miranda. ob. cit.. § 29.

21 De Page. v. I. nº 685.

22 Espínola. ob. cit.. p.131.

Pode faltar, contudo, este meio probatório, pela perda ou perecimento do livro, pela destruição do próprio cartório, ou mesmo se o oficial não tiver lavrado

o termo por desleixo ou má-fé (23). Nestes casos, é admissível outro qualquer meio.

como seja o título eleitoral, o registro em repartição pública. mediante justificação

requerida ao juiz competente (24). Alguns fazem, todavia, uma distinção: quando o interessado pretende provar o casamento, reclamando em proveito próprio os seus efeitos, deve dar prova cabal do ato; mas se se trata de prová-lo para qualquer outro fim, aceitam-se todos os meios ordinários de prova (25).

Para os casamentos celebrados no estrangeiro, há que distinguir: a) se se contrair perante agente consular brasileiro, provar-se-á pela certidão do assento de seu registro, que faz as vezes do cartório do Registro Civil: b) fora desse caso,

prova-se de acordo com a lei do país onde se realizou, em obediência à regra *locus regit actum*; a lei local rege os atos ali cumpridos.

Posse de estado. Além desses meios de prova, que chamamos direta, a lei reconhece uma comprovação indireta, e de cunho excepcional, somente aceitável nos termos estritos em que facultada: a posse de estado. A rigor, a posse de estado

não constitui propriamente uma prova do casamento, pois que *matrimonium non praesumitur* (26).

Nunca será dado considerar existente o *status matrimonii* pelo fato de conviverem e coabitarem duas pessoas, e até de terem filhos. Vale, porém, a prova da posse de estado para sanar qualquer falha no respectivo assento. E vale, ainda, em benefício da prole. Em princípio, a posse de estado somente pode invocar como prova matrimonial em caráter de exceção. E se diz que o casamento de pessoas que faleceram na posse de estado não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante a certidão do registro civil, que prove, já ser casada alguma delas ao tempo do casamento impugnado (Código Civil, art. 203).

Esta prova pela "posse de estado" tem o objetivo de beneficiar a prole comum: não dispendo os filhos de outro meio de evidenciar o seu status, invocam-na, e com ela afaastam a contestação à sua condição de filhos havidos da relação de casamento. Em alguns sistemas (francês, italiano), somente pode ser alegada pelos filhos que a seu turno vivam na posse de estado de legitimidade (Clóvis Beviláqua). O nosso é mais liberal, aceitando-a sem esta existência. Mas não é lícito a terceiros pretenderem valer-se dela.

A alegação somente tem cabida após o falecimento dos pais: caso contrário, cumpriria aos filhos obter deles a informação de onde se casaram, para se utilizarem da prova regular ou direta. Entende, contudo, a doutrina sua aceitação

23 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 21.

24 Espínola, loc. cit., nota 17.

25 Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, v. I. n° 911.

26 Trabucchi, *Istituzioni*, n° 112.

aos casos de demência dos pais, ou ausência declarada por sentença, pela analogia de situações (27).

Não esclarecendo a lei em que consiste a posse de estado, a doutrina estabelece um paralelo com a posse das coisas (v. n° 284, *supra*, v. IV), considerando-a

como a situação em que se encontram aquelas pessoas que vivam publicamente como marido e mulher. E alinha os requisitos: a) homem, a mulher usava o nome do marido; b) *tractatus*, ambos se dispensavam ostensivamente o tratamento de casados; c) fama, e gozavam o conceito de que desfrutavam as pessoas casadas, assim no ambiente doméstico e familiar, como na sociedade (28).

Apurados esses elementos, admite-se o estado de fato como sendo um estado de direito. Mas não prospera tal prova se for exibida certidão de que qualquer deles era casado, porque, em tal caso, a união existente não passaria de um concubinato, que por mais notório e prolongado, jamais se converte em matrimônio, ainda que caracterizada a "entidade familiar".

Embora a prova resultante da posse de estado se institua essencialmente em benefício da prole (*favor legitimitatis*), admite-se invocada como elemento decisivo

quando se estabeleça controvérsia em torno das provas exibidas. Na dúvida entre as provas pró e contra (Código Civil, art. 206), julgar-se-á pelo casamento (*in favore matrimonii*) se os cônjuges, cujo estado se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse de estado de casados. Não é este o meio hábil para decidir em caso de se litigar em torno da validade do casamento. A regra *in dubio pro matrimonio*, sugerida pela posse de estado, é acolhida para dirimir a incerteza se ocorreu ou não o ato de sua celebração; mas inidônea para convaler o vício que o invalida (29).

Em qualquer caso de controvérsia judicial, a sentença que considere provado o casamento (art. 205) será inscrita no Registro Civil, retrotraindo os seus efeitos probatórios à data do casamento, assim no que respeita aos cônjuges como aos filhos. E até à data do casamento destes, para efeito de sua legitimação.

27 Pontes de Miranda, *Direito de Família*, § 32.

28 Lafayette, *Direito de Família*, § 108.

29 Degni, *Il Diritto de Famiglia*, p. 193.

Capítulo LXXXVII

INVALIDIDADE E IRREGULARIDADE DO CASAMENTO

Sumário: 340. Casamento inexistente. 341. Casamento nulo. 342. Casamento anulável. 343.

Casamento putativo. 344. Casamento irregular.

Bibliografia: Eduardo Espínola. *A Família no Direito Civil Brasileiro*, n° 37. ps. 145 e segs.;

Sá Pereira, *Lições de Direito de Família*, ps. 119 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito de Família*, §§ 22 e segs.; Pontes de Miranda. *Direito de Família*, §§ 35 e segs.; Orlando Gomes, *Direito de Família*, n° 65 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, v. I. § 54; Planinl. Ripert et Boulanger. *Traité Élémentaire*, v. I. n°s 969 e segs.; Jean Carborinier. *Droit Civil*, v. II. n° 36 e segs.; Planiol et Ripert. *Traité Pratique*, v. II. n°s 243 e segs.: Mazeaud. Mazeaud et Wolff, *Mazeaud, Leçons de Droit Civil*, v. I. n° 786 c segs.: Enneccerus, Kipp y Nullità de Matrimonio; Ricardo Gallardo, *Le Rôle et les Effets de la Bonne foi dans l'Annulation du Mariage en Droit Comparé*; Antôinio Martins Vilas Boas, *. Dos Efeitos das Nulidades em Matéria de Casamento: Almáquio Diniz, Nulidade e Anulações do Casamento*; João Medeiros Filho, *Erro Essencial de Pessoa*; Arturo Carlo Jemolo, *Il Matrimonio*, n°s 61 e segs.; José Arias, *Derecho de Familia*, ps. 241 e segs.; Francesco Degni. *Il Diritto de Familia*, ps. 137 e segs.; Cunha Gonçalves, *Direito de Família e Direito de Sucessões*, ps.. 60 e segs.

390. Casamento Inexistente

Até agora tratamos da família e sua constituição. No capítulo presente, cogitamos do que alguns autores denominam "desagregação da família" (1). E desenvolvemos, então, os diversos casos de invalidade do casamento - inexistência, nulabilidade e anulabilidade - todos eles estruturados em torno da idéia de um defeito que impeça a formação de vínculo matrimonial válido.

No capítulo seguinte, cuidaremos da separação que pressupõe a sociedade conjugal reguarmente formada, mas insuscetível de subsistir pelo fato do comportamento ulterior de qualquer dos cônjuges.

1 René David, *Le Droit Français*, v. II, n°s 76 e segs.

Iniciando, pois, a exposição dogmática da ineficácia ou invalidade do matrimônio, recordamos que, a par de requisitos legais a serem observados para a sua celebração, requerem-se também certos pressupostos materiais (nº 377, supra), sem os quais não se alcança o objetivo. A inobservância dos requisitos importa na anulação, tomando esse vocábulo na sua acepção abrangente de nulidade e da anulabilidade. A ausência dos pressupostos fáticos gera a inexistência.

É preciso, todavia, salientar, como já temos feito, que o regime comum das nulidades não tem aplicação em matéria de casamento. Aqui vigoram regras específicas, que podem ser qualificadas como um sistema espacial de nulidades (2).

A teoria do casamento inexistente foi engendrada por Zachariae, escritor tedesco do século passado, em Comentários ao Código Civil francês de 1804, aparecidos em 1808 na Alemanha, e traduzidos em 1839 por Aubry, e t Rau. E mais tarde desenvolvida por Saleilles, em estudo aparecido em 1911 (3)

Partindo de que o art. 146 do Código Napoleão proclama que *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* — o civilista germânico racionou que a ausência absoluta de consentimento (não é o caso do consentimento defeituoso) obsta à formação do casamento, e conseqüentemente, deve-se proclamar a sua inexistência e não a sua nulidade.

A teoria não é pacificamente aceita. Argumentam de um lado que a proclamação de um "ato inexistente" envolve contradição nos próprios termos (*contradictio in adiectio*) pois que, se é um ato, é porque existe, e se não tem existência, não é ato, brigando entre si as palavras mesmas (*des mots qui hurlent de se trouver ensemble*); de outro lado, acrescentam que nenhuma falta faz a teoria do casamento inexistente, bastando a das nulidades para a solução das questões (Planioi et Ripert, De Page, Colin et Capitant, Sá Pereira, Irmãos Mazeaud). No particular do Direito brasileiro, há quem proclame peremptoriamente não termos casamentos inexistentes (4).

Não nos parece procedente a objeção, bastando ponderar que os adversários consideram, por exemplo, que a inexistência por identidade de sexo é substituída pela anulabilidade por erro essencial quanto à pessoa, e, como o escoamento do prazo de decadência convalida para sempre o matrimônio, tal aberração jurídica e moral se tornaria em casamento inatacável pela fluência do prazo prescricional.

Se houvesse necessidade, invocaríamos um argumento histórico, trazido à colação pelo grande Savigny: se faltava uma condição de validade ao matrimônio, dizia-se: *Non est matrimonium*, e, em virtude de tal inexistência, era lícito a

2 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, v. I, nº 787.

3 Saleilles, "La Distinction entre l'Inexistence et la Nullité du Mariage", in *Bulletin*

de la société d'Etudes Législatives, 1911. p. 351

4 Almqvist Diniz, *Nulidades e Anulações do casamento*, p. 16.

qualquer reclamar a todo tempo, independentemente de ação anulatória, e livre de prescrição (5).

Admitindo-se a distinção entre casamento inexistente e nulo, poder-se-á fixar a diversidade de efeitos: é que a nulidade do casamento somente pode ser decretada em ação própria, ao passo que, ocorrendo algum dos casos de inexistência, poderá o juiz pronunciá-la a qualquer tempo, e sem a necessidade de se propor ação ordinária anulatória. Mais que isto, é lícito, mesmo a terceiros, desconhecer de direito e de fato o vínculo, que é meramente aparente (6). Em resumo, o casamento inexistente não produz qualquer efeito, mesmo provisório (7).

Não obstante as resistências, prosperou a teoria do casamento inexistente (v., sobre "ato inexistente in genere", o que dissemos n° 112, supra, v. I). E compreende três hipóteses: identidade de sexos, falta de celebração e ausência total de consentimento, nas quais falta um pressuposto de fato (quaestio facti), diversamente das nulidades em que falta um pressuposto de direito (quaesti iuris), que induz à invalidade do vínculo.

A - Identidade dos sexos. Embora nenhum texto o proclame, o matrimônio assenta no pressuposto fático da diversidade de sexos. Em todo tempo. Em todas as civilizações. Em todos os sistemas jurídicos. É uma condição de tal modo evidente, que dispensa a referência legislativa (8). Se falta a diversificação, por ausência de elementos identificadores, ou por ocultação da verdadeira condição pessoal do cônjuge, a cerimônia realizada nada mais é do que uma aparência de casamento. Mas casamento não é. A ordem jurídica não o pode admitir, ainda que para anulá-lo. E o juiz, em qualquer circunstância que o encontre, pronuncia a declaração da sua inexistência, negando à união o caráter matrimonial. Mas o seu prudente arbítrio deve distinguir a identidade de sexo de vício de conformação, como ainda da dubiedade de sexo, da malformação dos órgãos genitais, ou da disfunção sexual (9), que somente induzirão anulabilidade.

B - Falta de celebração. Se duas pessoas se declaram unidas em matrimônio sem que tenha ocorrido a celebração na forma prevista em lei, não há casamento. A hipótese não é meramente bizantina: em nossa vida profissional, já tivemos em mãos escritura pública de união matrimonial e instrumento particular de casamento temporário. Tais são, evidentemente, exemplos de casamento inexistente, como o é ainda o caso do oficial de Registro lavrar um assento matrimonial sob coação ou de má-fé, sem ter havido a cerimônia. Provado o fato, não há senão declarar a inexistência.

5 Savigny, Von Beruf unseres Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Cap. VI: cf.

p. 96 da trad. Argentina de Adolfo G. Posada.

6 Rugiero e Maroi, Istituzioni, v. I, § 55; Cohendy, "Des Intérêts de la Distinction entre

l'Inexistence et la Nullité d'Ordre Public", in Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1991, p. 33.

7 Rossel et Mentha, Manual de Droit Civil, v. I, n°. 346.

8 Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, n°. 788.

9 Planiol, Ripert et Boulanger, ob. cit., n° 984.

Mas, aqui, a boa-fé dos cônjuges, ou de um deles, é de ser considerada, para se reconhecer efeitos ao ato (casamento putativo), como adiante admitimos (nº 393), e a doutrina aprova (10)

C -Ausência total de consentimento. Não se trata de declaração de vontade defeituosa, civada de erro ou coação, nem de pessoa incapaz de consentir, permanente ou eventualmente. Cogita-se neste caso da ausência absoluta de consentimento, como no exemplo lembrado por Espínola, de um procurador investido de poderes gerais ad iudicia ou ad negotia, sem os especiais para receber

o outro em matrimônio). Ou, ainda, de cerimônia que se conclua, apesar da declaração negativa formal do nubente (no Direito francês, esta causa de inexistência

desapareceu, com a Lei de 19 de fevereiro de 1933, que, sob este fundamento, instituiu caso específico de nulidade absoluta) (11).

Alguns autores apontam como de inexistência o casamento celebrado por autoridade incompetente ex ratione materiae, isto é, na presidência do ato uma pessoa que não tenha competência para casar, em hipótese alguma (autoridade policial, funcionário administrativo etc.). Em princípio, o caso é de nulidade por incompetência da autoridade (Código Civil, art. 208) e não da inexistência, já que a lei não distingue a autoridade incompetente rratione materiae da que o seja ratione loci. Vai a hipótese abranger-se na teoria da inexistência quando se configura como ausência de celebração. É o exemplo lembrado por Rossel et Mentha e adotado por Eduardo Espínola, de cerimônia a que preside um particular qualquer (12). Nesse caso, não se pode falar em celebração de casamento. Fora daí, não há cogitar de inexistência, mas de nulidade.

391. Casamento Nulo

Ao desenvolvermos os impedimentos matrimoniais, destacamos a primeira ordem deles - dirimentos públicos - referidos no art.183, nº I a VIII, compreendendo

quatro classes: incesto, bigamia, adultério e homicídio (nº 380, supra). Reportando-nos agora ao assunto, para efeito de caracterizar as respectivas categorias, defontamo-nos com o princípio (art. 207) que enuncia a nulidade do matrimônio celebrado com infração de qualquer deles. E acrescenta-se a do realizado perante autoridade incompetente (art. 208).

Cumpre-nos, de início, salientar, que a doutrina universal por muito tempo proclamou, com caráter absoluto, não se admitirem nulidades virtuais em matéria de casamento, dizendo que este somente se invalida nos casos e nas condições em que a

lei o define, inextensíveis por força de entendimento ou aplicação

10 Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Élémentaire, v. I, nº 985.

11 Planiol, Ripert et Boulanger, ob. cit.. v. I. nº 982, nota 1.

analógica (13). O princípio (que a doutrina francesa assentava dizendo pas de Nullité sans texte) sofre hoje restrições com a aceitação das nulidades implícitas, compreendendo os casamentos cuja validade repugna ao direito, embora falte o legislador com o preceito, cominando-a (14).

Para os que não admitem a teoria do casamento inexistente, alguns dos casos deste são nulidades sem texto ou nulidade virtual, sendo mais freqüentemente lembrado o da identidade de sexos, cuja validade ninguém admite, posto falte texto expresso a respeito. Note-se, aliás, certa tendência doutrinária no sentido de inscever os casos de casamento inexistente no quadro das nulidades (15).

Merece ainda atenção o fato de que se não aplicado ao casamento as regras atinentes à nulidade em geral. Já observava Sá Pereira ser necessário distinguir a

lógica geral do direito e a lógica especial de cada instituto, para concluir que a teoria das nulidades em matéria de casamento obedecce a normas próprias (16). Assim

é que, dispondo o Código Civil que a nulidade dos atos jurídicos em geral pode

ser pronunciada pelo juiz ex officio ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público quando conhecer do ato ou dos seus efeitos (art. 146 e parágrafo), - em termos de nulidade matrimonial a regra não prevalece, somente

o matrimônio se anula em processo contraditório, por ação ordinária, na qual será obrigatoriamente nomeado curador que o defenda (artigo 222).

Por outro lado, se o ato nulo nenhum efeito produz, o casamento nulo (não obstante a proclamação enfática da ausência de efeitos no art. 207 gera-os assim

em relação à prole como aos próprios cônjuges, conforme adiante enunciaremos, ao final deste mesmo parágrafo.

Dentro desta linha de raciocínio, tira-se uma conclusão aparentemente paradoxal: a lei estabelece um rol de impedimentos, todos subordinados a uma disposição proibitiva (art. 183: não podem casar), e, dentro da conceituação genérica da nulidade, a consequência seria a nulidade, sempre que os nubentes contrariassem qualquer daquelas alíneas. Mas não é: não coincidindo a anulação

com a contrariedade aos impedimentos (v. n° 383, supra), deduz-se, então, que

a contravenção de alguns destes (dirimenes públicos) induz nulidade; a infração

de certos outros (dirimenes privados) implica anulabilidade; e ainda a desobediência

aos outros (impedientes) importa apenas em irregularidade sem que a núpcia possa ser atingida (17).

Além desta situação especial em matéria de casamento com a dedução de que há proibição sem nulidade (Planiol et Ripert), outra observação é ainda

