

A RELAÇÃO JURÍDICA MATRIMONIAL

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO

Capítulo I

A GÊNESE E A DISCIPLINA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES

1. A família. Conceito sociológico e conceito jurídico. 2. As relações jurídicas familiares. 3. Importância e espécies de família. 4. O direito de família. Conceito. Características. 5. Os princípios fundamentais. 6 Fontes do direito de família. 7. Objeto do direito de família. As relações jurídicas familiares. 8. A relação de parentesco. 9. A divisão do direito de família. 10. Indicação bibliográfica de ordem geral.

1. Objeto destas notas é fornecer uma visão propedêutica e didática do direito de família brasileiro, com especial enfoque na relação jurídica matrimonial.

As relações jurídicas que se configuram no âmbito da família nascem do casamento (ato jurídico), do nascimento (fato jurídico), ou da adoção, fatos que dão origem à família como grupo social básico reconhecido e tutelado pelo direito.

A família é uma das instituições fundamentais da sociedade. Seu estudo é objeto da sociologia, como realidade ética, política e social, e da ciência jurídica, como fonte de relações sociais de reconhecida importância, pelos interesses individuais e coletivos que encerra.

Sob o ponto de vista sociológico, a família é o mais importante grupo social primário, de geração espontânea e natural. Nela o indivíduo nasce, cresce, educa-se e prepara-se para o ingresso na sociedade. Daí dizer-se que a família mais que associação é processo de adaptação contínua à realidade social de determinado ambiente e de determinado período histórico.

Suas principais funções são de natureza biológica, garantindo a descendência e a permanência do grupo; educadora e socializadora, adequando o comportamento de seus membros aos valores

dominantes no grupo familiar e na sociedade, transmitindo-lhes a linguagem, os hábitos, a cultura; econômica, proporcionando-lhes as condições materiais de subsistência e conforto; e de natureza psicológica, contribuindo para o equilíbrio, o desenvolvimento afetivo e a segurança emocional de seus membros.¹

O conceito de família não é preciso em sua extensão. Em sentido amplo, compreende as pessoas descendentes do mesmo ancestral. Em sentido restrito, é o grupo formado pelos cônjuges e seus descendentes.

O conceito sociológico é antecedente necessário do conceito jurídico, por ser a família uma realidade espontânea e natural, anterior ao Estado, que a protege e disciplina com sistema jurídico específico.

Sob o ponto de vista jurídico, a família é o conjunto de pessoas ligadas pelo casamento ou pelo parentesco. Embora sem personalidade jurídica, o direito reconhece-a como grupo social importante, dispensando-lhe proteção na órbita constitucional (CF, art. 175 e parágrafos), penal (CP, arts. 235 a 249) e na órbita civil (Código Civil e de leis especiais).

O direito positivo reconhece, assim, a existência da família como instituição básica da sociedade, e disciplina as relações sociais que se estabelecem entre seus membros, ou entre eles e terceiros. Surge, assim, a figura da relação jurídica familiar, objeto de normas jurídicas especiais cujo conjunto forma o sistema de direito de família.

2. A relação jurídica é, em abstrato, uma relação social regulada pelo direito objetivo. Pressupõe um vínculo entre duas pessoas e uma norma jurídica que, sobre ela incidente, a qualifica. Em sentido concreto, é determinada relação entre sujeitos, atribuindo poderes a um e deveres a outro, por efeito da bilateralidade da norma.

As relações jurídicas formam o ambiente em que vive e atua a pessoa humana. Por isso, todas as questões jurídicas envolvem pessoas em conflito, suscitando problemas que se simplificam e solucionam com a prévia identificação das relações jurídicas que neles se configuram. E na solução judicial desses problemas, a

¹ A família é, como o Estado, a escola e a Igreja, um dos mais importantes centros de controle social. Cf. "Social control", "International Encyclopedia of the Social Sciences", New York vol. 13; ROBERTO MERTON, "Sociologia, teoria e estrutura", S. Paulo, Mestre Jou, 1970, pág. 424; WIEFRED ANDERSON and FREDERICK PARKER "Uma Introdução à Sociologia", Rio de Janeiro, Zahar, 1971, pág. 715; FLÓSCOLO DA NÓBREGA, "Introdução ao direito", S. Paulo, Sugestões Literárias, 6.ª ed. 1981, pág. 62.

legitimidade para o pedido de tutela jurisdicional corresponde, exatamente, à titularidade do sujeito de direito na relação em que surgiu o conflito de interesses. A importância das relações jurídicas ainda se manifesta no fato de que é sobre elas que se constroem os institutos que, por sua vez, formam os sistemas lógicos de direito.

A estrutura da relação jurídica forma-se com os sujeitos, com um vínculo entre eles que exprime uma posição de poder e uma de dever, e um objeto, o bem jurídico, sobre que se exercem os poderes contidos em tal relação. Causa eficiente da relação jurídica são os fatos jurídicos, acontecimentos dependentes ou não da vontade humana a que a lei atribui o efeito de constituí-la, modificá-la ou extingui-la.

O direito de família nada mais é do que um conjunto de normas jurídicas que se distribuem em institutos disciplinadores de relações jurídicas específicas, as do casamento, da filiação, da afinidade e da adoção.

3. No âmbito jurídico, a importância da família ainda se manifesta no efeito fundamental que produz, que é o de estabelecer, para cada um de seus membros, uma situação jurídica específica, o *estado*, de grandes conseqüências no plano da respectiva atividade pessoal.² Na família, uma pessoa pode ter o estado de cônjuge e o de parente, podendo este decorrer da consangüinidade, da afinidade ou da adoção.³

² O estado da pessoa é a sua posição jurídica na sociedade. Do latim *status*, utilizado pelos juristas romanos para designar os elementos constitutivos da personalidade jurídica, significava a posição do indivíduo na família e na sociedade política. Tais elementos eram o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. A personalidade não se completava se o indivíduo não fosse livre, cidadão romano e chefe de família. Faltando um desses elementos havia uma diminuição na capacidade (*capitis deminutio*). Hoje em dia, com a atribuição da personalidade a todos os indivíduos, o estado é apenas um modo de ser, uma qualificação da pessoa, como a idade, o sexo, a posição na família, a condição de nacional ou de estrangeiro, etc. O estado é, assim, a qualificação jurídica da pessoa resultante de sua posição na sociedade. Sua importância está no fato de ser uma qualidade que se reflete na situação jurídica preliminar à constituição de uma relação jurídica (ALESSANDRO LEVI, "Teoria generale del diritto", Padova, Cedam, 1967, pág. 230; FRANCESCO FERRARA, "Trattato di diritto civile italiano", Roma, Athenaeum, 1921, pág. 337; HENRI CAPITANT, "Introduction a l'étude du droit civil", Paris, 1911, pág. 118).

³ O estado é absoluto no sentido de que deve ser respeitado por todos. Os pais podem reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha (CC, art. 383, IV). Nas causas relativas ao estado da pessoa, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros, desde que citados todos os interessados (CPC, art. 472; Cf. WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, "Comentários ao CPC", Revista dos Tribunais, vol. III, 1975, pág. 585).

O estado de cônjuge, ou de casado, decorre do matrimônio. Duas pessoas que se casam tornam-se marido e mulher; não são parentes. O parentesco é vínculo que une pessoas descendentes umas das outras (linha reta) ou de um ancestral comum (linha colateral), e então se diz consanguíneo, porque baseado em vínculo de sangue, ou é o vínculo que une um cônjuge aos parentes do outro, e chama-se afinidade, ou é o vínculo que liga o adotante ao adotado, e diz-se parentesco civil.

A família diz-se legítima, quando nasce de um casamento; natural, quando emerge de simples relação de fato ou concubinato; adotiva quando provém da adoção. O conceito legal de família limita-se à legítima (CF, art. 175). Tais distinções são importantes pela diversidade de efeitos de cada espécie. Os direitos e deveres que integram a relação jurídica nascida do casamento não existem no concubinato, não obstante o interesse do Estado na proteção da família natural.⁴

4. Direito de família é o conjunto de normas que disciplinam as relações entre os membros da mesma família, isto é, entre os cônjuges e entre os parentes.

Ao lado do direito das obrigações, do direito das coisas e do direito das sucessões, sobre os quais tem importantes reflexos, o direito de família é uma das quatro divisões da parte especial do Código Civil brasileiro, do art. 180 ao 484, acrescida de legislação especial que foi sendo elaborada à medida que as transformações sociais exigiam novas disposições legais ou alteração das já existentes.

Sua colocação taxinômica, logo a seguir à parte geral, bem demonstra a importância que o legislador lhe atribuiu.⁵

Tais disposições, as do código e as da legislação avulsa, formam um sistema cujo conhecimento, interpretação e integração de suas normas, para além da exegese do simples texto legal, determina prévia referência às suas principais características.

⁴ Cf. Decreto-lei n.º 3.200/41, cap. VII; Lei n.º 883/49, art. 2.º; Decreto n.º 77.077/76, arts. 13 e 14; Súmula n.º 380 do STF.

⁵ “No grupo das relações jurídicas da família a idéia predominante é a de pessoa, como no direito das coisas a idéia predominante é a de propriedade em seus diferentes aspectos, no direito das obrigações é a de crédito, e no das sucessões é a transmissão hereditária dos bens, que o homem acumula para aumento de sua força de expansão vital. Ora, no direito privado, a idéia de pessoa é, sem contestação possível, mais extensa e mais importante do que a de bem, de crédito ou de herança, conseqüentemente, é a pessoa, o sujeito dos direitos, que, primeiro, se deve destacar na posição sistemática do direito civil”. CLÓVIS BEVILAQUA, “Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, Edição histórica, Editora Rio, pág. 88.

As normas jurídicas de direito de família:

a) quanto à sua natureza jurídica, são normas de direito privado. Não obstante disciplinarem matéria de ordem pública,⁶ os interesses protegidos são sempre individuais, isto é, a posição dos sujeitos, pessoas naturais, nas respectivas relações jurídicas. A consideração do interesse coletivo visa reforçar essas posições jurídicas;⁷

b) visam realizar valores de natureza ética, donde a grande influência da moral e da religião em tais normas;

c) são de natureza cogente, imperativa, limitando ou até anulando a autonomia privada;

d) sua interpretação é restrita e específica, diversa da dos outros ramos do direito, não se lhe aplicando, por exemplo, os critérios interpretativos do direito das obrigações, sendo também excepcional o recurso à parte geral do código;

e) estabelecem a tipicidade dos atos de direito de família. A existência, validade e eficácia de tais atos exigem sejam respeitadas as disposições legais de ordem material e formal que a lei estabelece, não tendo os sujeitos autonomia para atuar de forma diversa da estabelecida para tais atos típicos, como o casamento, a adoção, o divórcio etc.

5 — Princípios de direito de família.

O sistema de direito de família brasileiro estrutura-se de acordo com os seguintes princípios:

a) existência e permanência de casamento válido como base da família legítima, casamento esse fundado na afeição entre os cônjuges. Conseqüências diretas desse princípio são as formalidades essenciais do casamento, como ato solene, a tipicidade dos

⁶ Considera-se norma de ordem pública a que regula os interesses fundamentais do Estado ou que estabelece, no direito privado, as bases jurídicas da ordem econômica ou moral da sociedade. As normas de ordem pública podem ser de direito público e de direito privado. Neste, são de ordem pública as referentes à liberdade e igualdade dos cidadãos, ao direito de associação, à liberdade do trabalho, à responsabilidade civil, ao estado e capacidade das pessoas, aos direitos e deveres do casamento, pátrio-poder, obrigação alimentar, proteção aos incapazes, sucessões, propriedade, proibição do anatocismo, prescrição e decadência. Bons costumes são o conjunto de regras morais, resultantes de hábitos e tradições que formam a mentalidade de um povo. Cf. JACQUES GHESTIN et GILLES GOUBEUX, "Traité de droit civil", Paris, LGDJ, 1980, I, pág. 67; HENRI DE PAGE, "Traité de droit civil belge", Bruxelles; EMILE BRUYLANT I, 1962, pág. 259; ANDREAS VON THUR, "Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts", München; GEORG BLENDL, 1975, I, pág. 27.

⁷ GIUSEPPE TAMBURRINO, "Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano", UTET, seconda edizione, 1978, pág. 56.

casos de separação judicial, e a legitimação dos filhos havidos ou concebidos antes do casamento, tudo destinado à unidade da família e à permanência do vínculo conjugal;

b) possibilidade de dissolução da sociedade conjugal e do próprio casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, nos casos de extinção da comunidade de vida e de impossibilidade de sua manutenção ou reconstituição, tudo isso independentemente da existência de culpa de qualquer dos cônjuges;

c) igualdade jurídica dos cônjuges, com o desaparecimento do vínculo de subordinação hierárquica. A mulher é companheira, consorte e colaboradora do marido (CC, art. 240). Desapareceu o poder marital, devendo as decisões serem tomadas de comum acordo;

d) igualdade jurídica dos filhos. Por meio de sucessivas reformas da legislação civil, não mais existe distinção entre os filhos havidos no casamento (legítimos) ou fora do casamento (ilegítimos) para fins de nome, pátrio poder e direito sucessório, sendo proibida a referência à ilegitimidade no assento de nascimento (Lei n.º 6.015, de 31.12.73, art. 59).

6. São fontes do direito de família:⁸ Código Civil, arts. 180 a 484; Decreto-Lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, dispondo sobre a organização e proteção da família, permitindo o casamento de colaterais de terceiro grau, mediante prévio exame que demonstre a inexistência de inconvenientes sob o ponto de vista da saúde; Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, dispondo sobre reconhecimento de filho ilegítimo; Lei n.º 1.100, de 23 de maio de 1950, regulando os efeitos civis do casamento religioso, revogada nos arts. 1.º a 7.º pela Lei n.º 6.015, de 31.12.1973 (arts. 71 a 75); Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, alterando a situação jurídica da mulher casada, dando-lhe novo estatuto; Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, na parte referente ao Registro Civil das Pessoas Naturais; Lei n.º 6.515, de 26 de novembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento; Lei n.º 6.697, de 10 de setembro de 1979, que instituiu o Código de Menores, no qual se disciplina o instituto da adoção plena.

E ainda no campo processual: Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, regulando a ação de alimentos; Código de Processo Civil, arts. 732 a 735 (execução de prestação alimentícia), art. 839 (busca e apreensão), art. 852 (alimentos provisionais), arts. 1.120 a 1.124

⁸ Consideramos fontes do direito as diversas formas de manifestação das normas jurídicas. Cf. R. LIMONGI FRANÇA, "Formas e aplicação do direito positivo", S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1969, pág. 23.

(separação consensual), arts. 1.187 a 1.198 (nomeação, remoção e dispensa de tutor ou curador).

No direito penal, Código Penal, arts. 235 a 249, e no direito processual penal, Código de Processo Penal, arts. 692 e 693.

7. Objeto do direito de família são as relações jurídicas⁹ que se formam entre os cônjuges e entre os parentes, como decorrência de atos ou fatos jurídicos específicos, o casamento, o nascimento e a adoção.

Tais relações apresentam as seguintes características:

a) contêm direitos personalíssimos, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, não admitindo exercício por meio de representação,¹⁰ e imutáveis pela vontade das partes, salvo, excepcionalmente, mediante acordo judicialmente homologado; não admitem transação nem renúncia, sendo nulo qualquer acordo para esse fim;

b) contêm direitos que são mais deveres do que poderes, exercidos em função do papel do titular no grupo familiar. Tais poderes são mero instrumento de realização dos fins estabelecidos na lei, no interesse de pessoas determinadas (cônjuges e parentes);

c) nascem de atos jurídicos puros, que não admitem condição ou termo, em face da inexistência da autonomia privada no direito de família;

d) surge com maior destaque a figura do poder jurídico, expressão de autoridade, capacidade de produzir normas de comportamento,¹¹ de que é exemplo o pátrio poder que se apresenta como instrumento de realização dos interesses dos filhos;

e) com exceção dos casos em que se configura o poder jurídico, os direitos familiares são recíprocos (CC, arts. 231, 396 e 397).

⁹ Sobre a relação jurídica, cf. do Autor. "Introdução à teoria geral da relação jurídica", in "Estudos em homenagem ao Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO", S. Paulo, Saraiva, 1982, pág. 210, e ainda, "Relação Jurídica" in "Enciclopédia Saraiva do Direito", vol. 64, pág. 407; MANOEL DOMINGUES DE ANDRADE, "Teoria geral da relação jurídica", Coimbra, Almedina, 1974; FRANCESCO BERNADINO CICALA, "Il rapporto giuridico", Milano, Giuffrè, 1959; PONTES DE MIRANDA, "Tratado de direito privado", Rio de Janeiro, Borsoi, I; ORLANDO GOMES, "Introdução ao direito civil", Rio de Janeiro, Forense, 1977; KARL LARENZ, "Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts", München, C. H. Beck 1977; GEORGIO LAZZARO **Rapporto giuridico**, "Novissimo digesto italiano", Torino, UTET, vol. 14.

¹⁰ A prática dos atos jurídicos de família não admite a representação, poder de agir em nome e no interesse de alguém. O casamento por procuração, CC art. 201, não se conclui com a representação.

¹¹ NORBERTO BOBBIO, "Teoria della norma giuridica", Torino, Giapichelli Editore, 1958, pág. 15.

Tal reciprocidade não admite compensação, como no campo das obrigações, observados os requisitos legais.¹²

8. Relações típicas do direito de família são as relações matrimoniais e as de parentesco, seja este consanguíneo, afim ou civil.

A relação matrimonial nasce do casamento.

A relação de parentesco apresenta-se em três modalidades: a consanguinidade, relação natural que une os descendentes do mesmo ancestral, a afinidade, que liga o cônjuge aos parentes do outro, e o parentesco civil, que liga o adotante ao adotado. A adoção estabelece o parentesco civil apenas entre adotante e adotado (CC, art. 336).

A relação de consanguinidade, ou parentesco consanguíneo, é o vínculo jurídico que liga os descendentes de ancestral comum. É a relação fundamental, pelo que se usa o termo parentesco como sinônimo de consanguinidade. Resulta de um fato jurídico, o nascimento, que estabelece a relação de filiação entre o nascido e seu pai (paternidade) e sua mãe (maternidade). A grande maioria dos códigos visa resguardar a família do ingresso de pessoas estranhas ao grupo familiar, daí a proteção legal à família nascida com o casamento.

A relação jurídica da consanguinidade, ou parentesco consanguíneo, distingue-se, por isso, em parentesco legítimo (resultante de casamento válido ou putativo) e parentesco ilegítimo (resultante de não casamento). Este ainda se distingue em parentesco ou filiação natural, se proveniente de pessoas que poderiam casar entre si mas não o fizeram, em parentesco ou filiação adúltera, se resultante de pessoas que não podem casar porque uma ou ambas são casadas com outras pessoas, e parentesco ou filiação incestuosa, quando provém de parentes consanguíneos ou afins (ascendentes com descendentes, irmão com irmã, sogro com nora, sogra com genro), em grau proibido.

A determinação do parentesco faz-se por linhas e graus. Linha é o vínculo que une uma pessoa ao tronco ancestral comum. Diz-se reta quando liga ascendentes e descendentes diretos (avós, pais, filhos, netos, etc.), e colateral ou transversal quando liga pessoas do mesmo tronco mas que não descendem umas das outras (irmãos, tios, sobrinhos, primos). O parentesco em linha reta não tem limitação; na linha colateral limita-se ao quarto grau (CC, art. 1.612).

¹² O direito brasileiro não admite a compensação de culpas. PONTES DE MIRANDA, "Tratado de direito privado", vol. VII, pág. 48, VICENTE FARIA COELHO, "O desquite na jurisprudência dos tribunais", Rio de Janeiro, 1961, pág. 234.

Grau é a medida da proximidade do parentesco. Cada grau representa uma geração (*tot sunt gradus quot generationes*). Na linha reta, ascendente ou descendente, tantos são os graus quantos as gerações. O filho é parente em linha reta em primeiro grau de seu pai, e em segundo grau de seu avô. Para o cálculo do parentesco na linha colateral entre duas pessoas, sobe-se, de uma delas até o ancestral comum, descendo-se depois até a outra, contando-se as gerações que as separam. Somam-se, assim, as distâncias de cada uma delas ao tronco que lhes é comum. Os irmãos são parentes colaterais em segundo grau; tios e sobrinhos, em terceiro; primos em quarto. Além deste grau inexistente parentesco colateral, como também não existe de primeiro grau.

Os irmãos dizem-se germanos ou bilaterais quando filhos do mesmo casal; e unilaterais quando o são por parte da mãe (uterinos) ou por parte do pai (consangüíneos).

A relação jurídica de afinidade é a que se estabelece entre um cônjuge e os parentes do outro. À semelhança do parentesco consangüíneo, nela se identificam as linhas e graus com que se conta o parentesco. Temos, assim, afinidade em linha reta, ligando o cônjuge aos ascendentes do outro (sogro e nora, genro e sogra), e afinidade em linha colateral, ligando o cônjuge aos colaterais do outro (cunhados), não se estendendo ao terceiro grau.

Parentesco civil é o que resulta da adoção. Limita-se ao vínculo entre adotante e adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (CC, art. 376).

Efeitos do parentesco: cria impedimentos matrimoniais (CC, art. 183, I a V); é fonte de obrigação alimentar (CC, art. 396), de direito hereditário (CC, art. 1.603); influi na escolha de tutor (CC, art. 409); e cria impedimentos judiciais (CPC, arts. 134, IV e V, 136, 138, 405, § 2.º, I).

9. Ao lado das normas que regulam a relação matrimonial e as do parentesco, existem ainda as que se destinam a proteger os menores e os mentalmente incapazes, à semelhança da proteção familiar. Constituem o chamado direito assistencial ou protetivo.

O direito de família regula assim, o matrimônio, a filiação, a adoção, a tutela e a curatela, isto é, a sociedade conjugal, a sociedade parental e os institutos de proteção aos incapazes.

O direito de família divide-se, então, no direito matrimonial, no direito parental e no direito assistencial ou protetivo. O primeiro regula a celebração, a validade e a eficácia pessoal e patrimonial do casamento, o regime de bens entre os cônjuges e a dissolução da sociedade conjugal ou do próprio casamento. O direito

parental disciplina as relações de parentesco, a filiação legítima e ilegítima, a adoção, o pátrio poder e os alimentos. O direito assistencial regula a tutela, a curatela e a ausência, institutos não propriamente de família mas que visam dar a mesma proteção que o grupo familiar concede a seus membros.

Nosso trabalho desenvolver-se-á no sentido de estudar a relação jurídico-matrimonial no tocante à sua constituição, eficácia pessoal e patrimonial, à sua modificação pela separação judicial e à sua extinção pelo divórcio.

10. Fazem-se aqui indicações bibliográficas de ordem geral e básica. As obras de cunho especial ou monográfico indicam-se na sequência da matéria.

Direito Brasileiro: ORLANDO GOMES, "Direito de família", Rio de Janeiro, Forense, 4.^a edição, 1981; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Instituições de direito civil", Rio de Janeiro, Forense, vol. V, 4.^a edição, 1983; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "Direito de família", S. Paulo, Saraiva, 20.^a edição, 1982; SILVIO RODRIGUES, "Direito de família", S. Paulo, Saraiva, 9.^a edição, 1982; MARIA HELENA DINIZ, "Direito de família", S. Paulo, Saraiva, 1981; ANTONIO CHAVES, "Lições de direito civil", S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1974/75; R. LIMONGI FRANÇA, "Manual de direito civil", S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1971; EDUARDO ESPÍNOLA, "A família no direito civil brasileiro", Rio de Janeiro, Conquista, 1957; PONTES DE MIRANDA, "Tratado de direito privado", Rio de Janeiro, Borsoi, 5.^a edição, 1970; CLÓVIS BEVILÁQUA, "Direito de família", Rio de Janeiro, Editora Rio, 7.^a edição, 1976; LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, "Direito de família", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956; VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, "Lições de direito de família", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959; MANUEL CABRAL MACHADO, "Singularidade do direito de família", Revista de Direito Civil, n.º 5, S. Paulo, RT, 1978.

Direito Português: ANTUNES VARELA, "Direito de família", Lisboa, Petrony, 1982; PEREIRA COELHO, "Curso de direito da família", Coimbra, 1977.

Direito Italiano: GIUSEPPE TAMBURRINO, "Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano", Torino, Utet, 1978; CESARE GRASSETTI, "Famiglia (diritto privato)", Novissimo digesto italiano, VII, Torino, Utet, 1957; MASSIMO BIANCA, "Famiglia (diritto di)", Novissimo digesto italiano, VII, Torino, Utet, 1957; PIETRO BARCELONA, "Famiglia", Enciclopedia del diritto, Milano, vol. XVI; ANTONIO CICU, "Il diritto di famiglia, teoria generale", Roma, Athenaeum, 1914; BARTOLOMEU DUSI, "Istituzioni di diritto privato", Torino, Giappichelli, 1978; FRANCESCO MESSINEO, "Manuale di diritto civile

e commerciale”, Milano Giuffrè, 1957; ALBERTO TRABUCCHI, “Istituzioni di diritto civile”, Padova, Cedam, 1973.

Direito Francês: JEAN CARBONNIER, “Droit civil”, La famille, Paris, PUF, 10 édition, 1977; HENRI, LEON, JEAN MAZEAUD, “Leçons de droit civil”, Paris, Éditions Montchrestien, 1969; GABRIEL MARTY — PIERRE RAYNAUD, “Droit civil”, Les personnes, Paris, Sirey, 1976; HENRI DE PAGE, “Traité élémentaire de droit civil belge”, Bruxelles, ÉMILE BRUYLANT, I, 1962; MARCEL PLANIOL et GEORGE RIPERT, “Traité pratique de droit civil français”, Paris, LGDJ, 1952, II; ROBERTO DE RUGGIERO, “Instituições de direito civil”, S. Paulo, Saraiva, 1972, vol. II.

Direito Espanhol: LUIZ DIEZ — PICAZO Y ANTONIO GULLON, “Sistema de derecho civil”, Madrid, Editorial Tecnos, 1975; JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”, Madrid, Reus S.A., Tomo quinto, 1976; ESPÍN CANOVAS, “Manual de derecho civil español”, Madrid, IV, 1972.

Direito Alemão: ENNECCERUS — KIPP — WOLFF, “Lehrbuch des bürgerlichen Rechts”, Bd 4, 7 Bearb, 1931; GÜNTHER BEITZKE, “Familienrecht”, CH. Beck, München, 19 Auflage, 1977; GERNHUBER J., “Lehrbuch des Familienrechts”, München, 3 Auflage, 1978; HEINRICH LEHMANN, “Tratado de derecho civil”, Madrid, ERDP, 1956.

Capítulo II

CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA MATRIMONIAL

Seção I

O CASAMENTO

11. Casamento. Conceito. Importância. 12. Natureza Jurídica. 13. Finalidades. 14. Espécies. Casamento civil e casamento religioso.

11. Casamento é o ato jurídico solene pelo qual um homem e uma mulher constituem a família legítima.¹³

Seu efeito imediato é criar o estado de casado, situação jurídica caracterizada por direitos e deveres (não obrigações) espe-

¹³ Cf. DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO DE LIMA, “Casamento”, YUSSEF SAID CAHALI, “Casamento Civil”, ANTONIO CHAVES, “Esponsais”, “Impedimentos matrimoniais”, “Casamento religioso”, todos in “Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 13, CALOGERO GANGI, “Il matrimonio”, Milano, Giuffrè, 1947; FRANCESCO FINOCCHIARO, “Del matrimonio” Roma, 1971; ARTURO CARLO JEMOLO, “Il matrimonio”, Torino UTET, 1961; EDGAR DE MOURA BITTENCOURT, “O concubinato no direito”, Rio de Janeiro, 1969.

ciais, não decorrentes da autonomia privada, mas determinados em lei como instrumento de realização dos objetivos superiores.

O estado de casado repercute em todos os campos do direito.

É impedimento matrimonial para outro casamento (CC, artigo 183, VI), cria direitos e deveres específicos (CC, art. 231), limita o poder de disposição dos cônjuges (CC, arts. 235 e 242), estabelece direito hereditário (CC, art. 1.603, III), cria impedimento do depoimento judicial (CPC, art. 405, § 2.º), cria preferência na designação de inventariante (CPC, art. 990, I), etc.

12. A natureza jurídica do casamento é tema controvertido. As teorias agrupam-se, basicamente, em duas, as contratualistas e as anticontratualistas.¹⁴

Para as primeiras, o casamento é contrato civil. Concepção jusnaturalista do século XVIII, aceita pelos comentadores do Código Civil francês, baseia-se na opinião de que o ato nada mais é do que um acordo de vontades.¹⁵

Dentro dessa concepção há ainda os que consideram contrato "sui generis", um contrato especial de direito de família por apresentar a natureza genérica dos contratos e a índole específica do direito de família, ou um contrato especial, em virtude das limitações decorrentes da matéria de ordem pública que encerra.¹⁶

Para a concepção anticontratualista, o casamento é, ou um ato do Estado baseado na manifestação de vontade dos nubentes (não são as pessoas que casam, é o Estado que as casa), ou um ato complexo, formado pela vontade dos contraentes e do Estado, ou uma instituição, grupo social organizado e ordenado na forma determinada em lei, à qual os nubentes se limitam a aderir ao manifestarem a vontade de casar. Existe ainda uma teoria mista que considera o matrimônio como contrato e como instituição.¹⁷

14 EBERT CHAMOUN, "Natureza jurídica do matrimônio", in Revista Forense, vols. 183 e 184.

15 A idéia do matrimônio como contrato vem já do século XI por influência dos glosadores, penetrando no direito canônico e no direito moderno, que nela encontra justificação para a intervenção do Estado (Castan Tobeñas, pág. 106). Para outros, vem da alta idade média, onde, no direito germânico, o casamento apresentava-se como contrato de compra e venda ou doação, sendo o marido comprador ou donatário (Cf. BRANDILEONE, "Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia", pág. 343, apud FINOCCHIARO ob. cit., pág. 4). De ressaltar ainda, que, no direito canônico (Cânon 1.012: "Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem inter baptizatos") o termo *contractus* significa ato bilateral, independentemente de efeitos patrimoniais, o que não corresponde ao conceito atual de contrato (TAMBURRINO, op. cit., pág. 121).

16 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, op. cit., n.º 374.

17 PLANIOL ET RIPERT, op. cit., pág. 57.

Deve repelir-se a idéia de casamento como contrato. Este é espécie do gênero negócio jurídico, instrumento da autonomia privada que não existe no campo do direito de família. O contrato faz nascer obrigações, que não existem no casamento; os efeitos contratuais são fixados pelas partes, enquanto que no casamento é a lei a determiná-los, não podendo os contraentes modificar a relação jurídica dele emergente. A matéria do matrimônio é, portanto, diversa da contratual. O casamento abrange toda a personalidade humana, criando a família legítima e relações permanentes, imutáveis ao arbítrio das partes.¹⁸

Já o contrato tem por objetivo atos individuais, temporários e de conteúdo patrimonial, regulados pela autonomia privada. Além disso, a concepção contratual não explica o papel da autoridade pública na formação e na dissolução do casamento.¹⁹

O casamento não é negócio jurídico, muito menos contrato. É ato jurídico bilateral, complexo, onde se mesclam a vontade dos nubentes e a intervenção do Estado, de caráter constitutivo, para uns, declaratório, para outros, e que, por sua especial importância na vida comunitária, reveste-se de forma especial e solene. Para a tese do casamento como instituição, defendida pela doutrina francesa, as normas que o disciplinam são fixadas imperativamente, a elas aderindo os cônjuges. É por isso que os autores que a adotam dizem ser o casamento um ato-condição, quer dizer, ato jurídico cujo conteúdo e efeitos estão previamente determinados. O ato é a condição para que se estabeleça um conjunto de efeitos jurídicos bem definidos.²⁰

O casamento é ato pessoal, solene, civil, celebrado entre pessoas de sexo diverso, para o fim de estabelecerem uma união permanente. É ato pessoal dos nubentes, não se admitindo, como outrora, o acordo ou decisão familiar. O livre consentimento é fundamental para a celebração do ato.²¹ É solene, revestido de

18 LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *op. cit.*, pág. 8.

19 A intervenção do Estado nas relações jurídicas familiares manifesta-se tanto na celebração do matrimônio e nos atos do registro civil a ele pertinentes, quanto na regulamentação da relação conjugal e do parentesco, disciplinando os direitos e deveres que formam o respectivo conteúdo. Cf. MARTY RAYNAUD, *op. cit.*, pág. 73.

20 PIERRE PESCATORE, "Introduction a la science du droit", Luxemburgo, 1960, pág. 90.

21 O direito brasileiro não conhece a figura dos esponsais, ou promessa de casamento. Contrato visando casamento futuro foi entre nós disciplinado em lei de 06.10.1784, que exigia a escritura pública para a validade do ato. Deixou de ser regulado pela Lei do Casamento Civil de 1890 e pelo Código Civil. O compromisso de casamento não tem qualquer valor em virtude da liberdade de que se reveste a manifestação de vontade dos nubentes. Eventual responsabilidade civil pela quebra da promessa de casamento segue as normas

formalidades legais que se destinam a dar seriedade, publicidade e garantia à manifestação de vontade. É civil, no sentido de ser regulado pelo Estado no tocante à sua existência, validade e eficácia.

Pressupõe diversidade de sexos, e destina-se a estabelecer uma união permanente e indissolúvel, salvo nos casos estabelecidos em lei.

13. O casamento tem como fins a criação da família legítima, a procriação dos filhos e o estabelecimento de uma comunhão de vida e de interesses. A procriação é fim natural, porém não essencial. A inexistência de prole não justifica a dissolução do casamento. Podem casar-se pessoas cuja idade não mais permite o relacionamento sexual.

14. Existem duas espécies de casamento, o civil e o religioso. O primeiro é o que se realiza na forma do Código Civil (arts. 180 a 204), mediante prévio processo de habilitação em que se demonstra existirem os pressupostos e requisitos necessários à sua existência e validade. O segundo é o celebrado na forma do culto religioso dos nubentes. Os ritos religiosos admitidos são os que não contrariam a ordem pública e os bons costumes (o católico, o protestante, o muçulmano, o israelita, o grego). O casamento religioso equivale ao civil se dentro de trinta dias for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer outro interessado (CF, art. 175, § 2.º). Pode celebrar-se o casamento religioso sem prévia habilitação desde que se apresente, com o requerimento do registro desse casamento, a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo Código Civil. Processada a habilitação, e certificada a inexistência de impedimentos, o oficial fará o registro do casamento religioso (Lei de Registros Públicos, art. 74 e parágrafo). Temos então que, no casamento civil, a habilitação é prévia, enquanto que, no religioso, pode ser anterior ou posterior. O registro do casamento religioso com habilitação posterior deve ser requerido por ambos os cônjuges, produzindo efeitos jurídicos a contar da celebração do casamento. Se o casamento religioso não for registrado não produz efeitos civis, e a união é simples concubinato. Os contraentes permanecem solteiros.

do art. 159 do Código Civil. Sobre essa matéria, dispõe o Código Civil português no art. 1591.º "O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas de sexo diferente se comprometem a contrair matrimônio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar na falta de cumprimento, outras indenizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal".

estabelecidos, estabelecidos sob a **Seção III** de exp. eligei estabelecidos
de ab objetiva em (1915) de estabelecidos de estabelecidos: estabelecidos e
-ile e de **EXISTÊNCIA E VALIDADE DO CASAMENTO** estabelecidos

15. Pressupostos de existência e requisitos de validade. 16. Im-
pedimentos matrimoniais. 17. Processo de habilitação. 18. A celebra-
ção do casamento. 19. Casamento urgente. 20. Prova do casamento.
21. Casamento inexistente. 22. Casamento nulo. 23. Casamento anulá-
vel. 24. Casamento putativo.

15. A existência e a validade do casamento exigem certos pressupostos e requisitos estabelecidos em lei, que se comprovam através de um processo preliminar, o processo de habilitação, em que os nubentes demonstram preencher as exigências legais.

Pressupostos são as condições necessárias à existência jurídica do casamento: diversidade de sexos, consentimento dos nubentes e celebração do ato por autoridade competente.

Requisitos são as condições necessárias à validade do casamento: capacidade e legitimidade dos nubentes e observância da forma legal do ato. Capacidade é a aptidão para a prática do ato. Legitimidade é a aptidão para a prática do ato jurídico com determinada pessoa.²² Aquela é geral, esta é especial. Têm capacidade para casar os homens com dezoito anos e as mulheres com dezesseis, embora precisem, até aos vinte e um anos, da autorização de seus pais. Têm legitimidade quando inexiste qualquer dos obstáculos legais para o casamento válido com determinada pessoa.

A ausência de capacidade e de legitimidade, e a existência de outras circunstâncias que a lei estabelece como obstáculo ao casamento configuram os chamados impedimentos matrimoniais.

16. Impedimentos matrimoniais são os obstáculos legais a um casamento válido. Embora de natureza diversa, o Código reúne todos no art. 183, especificando dezesseis hipóteses que se podem agrupar em três grupos, o dos impedimentos dirimentes públicos (CC, art. 183, I a VIII), o dos impedimentos dirimentes privados (CC, art. 183, IX a XII) e o dos impedimentos impiedentes (CC, art. 183, XIII a XVI).

²² O conceito de legitimação nasceu na ciência processualista com FRANCESCO CARNELUTTI, "Teoria geral do direito", Coimbra, ARMENIO AMADO, 1942, pág. 362, e dela emigrou para a teoria geral do direito, sendo utilizada para designar tanto o poder de agir quanto o poder de dispor, e ainda, a posição do sujeito em face de certa relação jurídica, determinando uma série de limitações do sujeito à respeito da esfera de interesses de outro sujeito. Cf. PIETRO RESCIGNO, "Legittimazione"; in *Novissimo digesto italiano*, IX, pág. 720.

A teoria dos impedimentos é de origem canônica, distinguindo-se os impedimentos dirimentes (*impedimenta dirimentia*), cuja inobservância leva à nulidade ou anulação do casamento, dos impedimentos impeditivos ou proibitivos (*impedimenta impedimentia*), que implicam apenas em sanção de ordem econômica.

Os impedimentos dirimentes públicos ou absolutos são alegáveis por qualquer interessado ou pelo Ministério Público (CC, artigo 208 e parágrafo). Tais impedimentos consistem na existência de parentesco sanguíneo, afim ou adotivo, no fato de ocorrer bigamia, adultério, homicídio ou tentativa contra o consorte.

Não podem casar ascendentes com descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil (CC, 183, I). Não podem casar os afins em linha reta (sogra com nora, sogra com genro) mas podem casar os em linha colateral (cunhados). A adoção impede o casamento entre adotante e adotado e seus descendentes (linha reta), entre adotado e filho superveniente ao adotante (linha colateral), e entre o cônjuge sobrevivente de um deles e o outro (afinidade). (CC, 183, I, III, V.) Desfeita a adoção, desaparece o impedimento. Não podem casar os irmãos (CC, artigo 183, IV).

Não podem casar as pessoas já casadas. O novo casamento é nulo, ainda que de boa fé. Não se permite, também, o casamento do cônjuge do ausente. (O cônjuge do ausente pode requerer a dissolução judicial de seu casamento — Lei n.º 6.015/76, art. 5.º, converter a separação em divórcio e então casar de novo.)

O impedimento de adultério é relativo, atinge apenas os co-réus em crime de adultério. É necessário a condenação, assim como na hipótese de homicídio ou sua tentativa. (CC, art. 183, VII e VIII.)

Impedimentos dirimentes privados são as proibições contidas no art. 183, IX a XII. Sua infração torna o casamento anulável. Dizem-se privados, ou relativos, porque são alegáveis apenas por determinadas pessoas, o cônjuge prejudicado e seus representantes legais (CC, art. 210). Consistem, basicamente, na ausência de consentimento válido por motivo de coação, rapto ou incapacidade.

A coação consiste na pressão exercida sobre alguém para levá-lo à prática de um ato (CC, arts. 98 a 101). É vício da vontade. Não casa sob coação o que o faz para evitar imposição de pena. Pessoas incapazes de consentir são os loucos e os surdos-mudos. Para o casamento dos menores de vinte e um anos é preciso o consentimento de ambos os pais (CC, art. 185). No caso de falta de consentimento, havendo discordância, prevalece a vontade do pai; sendo separado o casal, a vontade do cônjuge com quem estiver morando o menor (CC, art. 186). Tendo havido adoção, quem dá o consentimento é o adotante.

Até a celebração podem os representantes legais retratarem seu consentimento (CC, art. 187). A denegação do consentimento pode ser suprida pelo juiz, quando injusto. (CC, art. 188, CPC, art. 1.103, Código de Menores, art. 89, I.)

Impedimentos impeditivos ou proibitivos são aqueles cuja inobservância torna irregular a celebração do casamento, implicando em sanção diversa da nulidade ou anulabilidade, apenas de caráter econômico (CC, arts. 225 e 226).

O casamento de funcionários diplomáticos e de militares tem disposições legais específicas (Lei n.º 5.887, de 31.05.1973, e Lei n.º 5.774, de 23.12.1971).

17. O casamento é ato jurídico solene. Exige uma série de formalidades preliminares, cumpridas perante o oficial do registro público, além da própria celebração (Lei de Registros Públicos, arts. 67 a 69, CPC, 1939, art. 742).

As formalidades preliminares destinam-se a comprovar a inexistência de impedimentos matrimoniais, através de um processo de natureza administrativa, o processo de habilitação (eventualmente de natureza judicial se houver oposição de impedimentos). Dele participam os nubentes, o oficial do registro civil, o juiz e o órgão do Ministério Público.

Tal processo compreende, basicamente, a apresentação dos documentos indicados no art. 180 do Código Civil, a publicação de edital (proclamas), o registro de seu resumo e a certidão, se for o caso, de que os requerentes estão habilitados a casar.

É durante o prazo de quinze dias que se deve realizar a oposição de impedimentos, ato pelo qual se argúi, perante o juiz do Registro Civil, a impossibilidade legal do casamento, por meio de declaração escrita, assinada e instruída com prova do fato alegado. Dela terão ciência os nubentes, podendo contestá-la e, provada a má fé do oponente, propor contra ele as respectivas ações cíveis e criminais.

Têm legitimidade para opor impedimentos, o que também pode ser feito no ato da celebração do casamento, se impedimentos dirimíveis, o oficial do registro, o juiz celebrante ou qualquer pessoa maior (CC, art. 189), e se impedimentos impeditivos, os parentes em linha reta de um dos nubentes, e colaterais em segundo grau, todos consanguíneos ou afins (CC, art. 190).

Havendo oposição, suspende-se o casamento até que seja julgada improcedente. Se procedente, não se realizará o matrimônio.

Inexistindo impedimento, ou julgada improcedente a oposição, o oficial entrega aos nubentes certidão de que estão habilitados para casar nos três meses seguintes (CC, art. 181). Não realizado o ato nesse período, renova-se o processo de habilitação.

18. As formalidades do casamento propriamente dito, de natureza constitutiva, consistem na realização de uma cerimônia perante autoridade competente, com a presença simultânea dos nubentes que afirmam desejar casar. Devem estar presentes ainda as testemunhas e o oficial do registro.

Admite-se a manifestação de vontade nos contraentes por meio de procurador com poderes especiais (CC, art. 201). A intervenção do juiz é de natureza constitutiva.²³

Comparecendo os nubentes, pessoalmente ou por procurador, perante o juiz, no dia, hora e lugar previamente designados, presentes as testemunhas (CC, art. 193) e o oficial de registro, ouvida aos nubentes a afirmação de que persistem no propósito de casar, por livre e espontânea vontade, o juiz declara efetuado o casamento (CC, art. 194).

Suspende-se a celebração (do casamento) se algum dos contraentes recusar a solene afirmação de sua vontade, se declarar que esta não é livre e espontânea, ou manifestar-se arrependido. O nubente que tiver causado a suspensão do ato, por algum desses fatos, não poderá retratar-se no mesmo dia (CC, art. 197). Suspende-se também, no caso de oposição de impedimento ou no caso de os pais ou tutores revogarem o seu consentimento.

Celebrado o casamento, lavra-se o respectivo assento no livro de registros.

19. Havendo motivo urgente a justificar imediata celebração do casamento, tal como doença grave, crime contra a honra, viagem repentina, etc., poderá ser dispensada a publicação do edital, desde que apresentados os documentos exigidos em lei (CC, art. 1&2, parágrafo único).

A urgência constitui matéria de fato, de apreciação exclusiva do juiz. Quando o pedido se fundar em crime contra a honra da mulher, a dispensa de proclamas será precedida de audiência dos contraentes, em separado e em segredo de justiça (Lei de Registros Públicos, art. 69).

Há duas hipóteses. A do casamento a realizar por motivo urgente, e a do casamento a realizar quando um dos contraentes estiver em iminente risco de vida (CC, art. 199, II).

Neste caso, independentemente do edital de proclamas, e não obtendo os contraentes a presença de autoridade competente (juiz ou substituto) poderão celebrá-lo na presença de seis testemunhas que não sejam parentes dos contraentes em linha reta ou, na colateral, em segundo grau. Essas testemunhas comparecerão

²³ Contra, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, n.º 384, com a opinião de que a intervenção do juiz não é de natureza constitutiva.

dentro de cinco dias perante a autoridade judiciária mais próxima, para que se lhes tomem por termo as declarações. É o chamado casamento nuncupativo ou *in articulo mortis*, cujo registro exige prévio processo de verificação na forma do art. 76 da Lei de Registros Públicos.

20. Prova é a demonstração de existência de um fato jurídico. Não se provam direitos, mas os fatos que lhes dão origem. O casamento prova-se pela certidão do Registro Civil, cujo conteúdo se determina no art. 70 da Lei de Registros Públicos. Somente no caso de falta ou perda justificada da certidão é que se admite qualquer outra espécie de prova, como a feita por processo judicial (prova supletória). A certidão de casamento de brasileiros, realizado no estrangeiro, deve ser legalizada pelo cônsul brasileiro (Lei de Registros Públicos, art. 32) e registrada no Brasil, no cartório do respectivo domicílio, para que aqui produza efeitos.

Além desses meios de prova, o Código Civil reconhece expressamente mais uma, a posse do estado de casado, de natureza indireta, destinada a proteger a prole, quando não exista outro meio de se provar a filiação legítima (CC, art. 203). Significa a situação jurídica das pessoas que viviam como marido e mulher, pressupondo três requisitos:

- a) *nomen*, a mulher usava o nome do marido;
- b) *tratactus*, ambos se tratavam como marido e mulher;
- c) *fama*, ambos eram como tal reconhecidos pela sociedade.

A posse do estado de casado pode ainda ser invocada se houver controvérsia em torno das provas exibidas, decidindo-se pelo casamento (CC, art. 206).

No caso da prova do matrimônio resultar de processo judicial, a inscrição da sentença no Registro Civil tem eficácia retroativa à data do casamento (CC, art. 205), relativamente aos cônjuges e, quanto aos filhos, à data do nascimento, para fins de legitimação.

21. Casamento inexistente é o celebrado sem qualquer dos pressupostos necessários: diversidade de sexo, celebração por autoridade competente e consentimento dos contraentes.

A teoria do casamento inexistente foi criada por ZACHARIAE, comentador alemão do Código Civil francês, no século XIX, como decorrência do caráter absoluto da regra "en matière de mariage, pas de nullité sans texte", do direito francês (CC, francês, artigo 146). Essa teoria torna-se indispensável em face da necessidade de se reconhecerem outros casos de nulidade além dos expressos na lei. Não existe dispositivo que impeça o casamento entre pessoas do mesmo sexo o que, todavia, é inadmissível. Surge assim o conceito de ato inexistente, aquele a que falta um pressuposto

material de sua constituição,²⁴ para distingui-lo do ato nulo. Essa teoria tem, assim, especial importância em matéria de casamento, onde vigê o sistema das nulidades textuais, isto é, os casos de nulidade são apenas os fixados em lei.

A distinção entre casamento nulo e casamento inexistente, não obstante objeto de forte crítica doutrinária, apresenta algum interesse prático:²⁵

- a) o casamento inexistente dispensa declaração judicial, podendo o juiz reconhecê-lo a qualquer momento; o nulo exige sentença declaratória em ação específica;
- b) o casamento inexistente não produz efeitos, mesmo que de boa fé, admitindo, por isso, novo casamento;
- c) o casamento inexistente não pode ser convalidado;
- d) qualquer interessado pode alegar a inexistência do casamento, a nulidade só pelas pessoas indicadas na lei (CC, art. 208).

22. As nulidades matrimoniais perderam grande parte de seu interesse prático com o divórcio, que também dissolve a sociedade conjugal, com extinção do vínculo, embora com fundamentos e efeitos diversos: o divórcio extingue para o futuro, enquanto as nulidades têm efeito retroativo; de modo geral as nulidades resultam de circunstâncias existentes antes ou no momento da celebração do casamento, enquanto o divórcio decorre de fatos que se verificam depois de estabelecida a sociedade conjugal.

O critério adotado para definir as nulidades matrimoniais é meramente formal: o Código estabelece que o casamento é nulo nas hipóteses do art. 183, I a VIII, e do art. 208, e anulável nas do art. 183, IX a XII. As nulidades são, por isso, textuais, expressas.

Casamento nulo é o celebrado com infração dos impedimentos dirimentes absolutos, ou o celebrado por autoridade incompetente (CC, arts. 207 e 208). São as hipóteses de incesto, bigamia, adultério, homicídio ou tentativa, e incompetência da autoridade celebrante.

²⁴ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, vol. I, n.º 112.

²⁵ O Código Civil português dispõe sobre a matéria, art. 1628.º:

“É juridicamente inexistente:

- a) O casamento celebrado perante quem não tinha competência funcional para o acto, salvo tratando-se de casamento urgente;
- b) O casamento urgente que não tenha sido homologado;
- c) O casamento em cuja celebração tenha faltado a declaração da vontade de um ou ambos os nubentes, ou do procurador de um deles;
- d) O casamento contraído por intermédio de procurador, quando celebrado depois de terem cessado os efeitos da procuração, ou quando esta não tenha sido outorgada por quem nela figura como constituinte, ou quando seja nula por falta de concessão de poderes especiais para o acto ou de designação expressa de outro contraente;
- e) O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

A incompetência de autoridade celebrante é em razão do local (*ratione loci*). É nulo o casamento realizado por juiz que não está em exercício²⁶ ou que celebra os atos fora de seu distrito. Casamento nulo é o celebrado por autoridade incompetente *ratione loci* ou *ratione personarum*, porém competente *ratione materiae*. Se não é competente *ratione materiae* o casamento é inexistente.²⁷

Não se decreta a nulidade nem se anula o casamento religioso. Decreta-se apenas sua ineficácia civil (Lei n.º 1.110, art. 9.º).

A nulidade do casamento não pode ser declarada de ofício. Exige ação ordinária (CC, art. 222), imprescritível (salvo no caso do art. 208).

Têm legitimidade para propor a ação qualquer interessado (interesse econômico ou moral) e o Ministério Público (interesse social) (CC, art. 208, parágrafo único, n.º II), salvo se já falecido algum dos cônjuges.

Admitem-se medidas cautelares preparatórias, como a separação de corpos e a fixação de alimentos provisionais em favor da mulher, fixados de acordo com suas necessidades e possibilidades (CC, arts. 223 e 224). A sentença é declaratória, subordinada ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475) e com eficácia *ex tunc*. A ação de nulidade é intransmissível.²⁸

O casamento nulo caracteriza-se, em síntese:

a) por não produzir efeitos quanto aos contraentes, salvo na hipótese de boa fé de um ou de ambos os cônjuges (casamento putativo). Assim, não estabelece comunhão de bens, e os cônjuges são tidos como se jamais tivessem sofrido alteração em sua capacidade;

b) por não poder ser convalidado ou sanado, salvo no caso do art. 208, no prazo de dois anos;

c) têm legitimidade para a ação de nulidade qualquer interessado e o Ministério Público;

d) quanto aos filhos, não obstante a nulidade, são legítimos (Lei n.º 6.515/77, art. 14);

e) é considerado concubinato;

f) o vínculo dissolvido permanece como impedimento matrimonial nos dez meses seguintes (CC, art. 183, XIV), relativamente à mulher.

23. Casamento anulável é o celebrado com infração de impedimento dirimente privado (CC, art. 209), ou com erro essencial quanto à pessoa do outro (CC, art. 218).

26 RT 250/622.

27 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 368.

28 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 396.

Basicamente, o fundamento da anulabilidade do casamento é a presunção de defeito de vontade, por haver coação, imaturidade ou erro. Excluem-se o dolo, a simulação e a fraude.

Por defeito de idade, não se anula o casamento de que resulte gravidez (CC, art. 215).²⁹

Erro essencial é o erro em relação ao outro cônjuge. Para que seja causa de anulação do casamento é preciso que tenha sido determinante do matrimônio: sem ele não teria havido casamento.

O Código Civil especifica as hipóteses de erro essencial (CC, art. 219).

Identidade do cônjuge é o conjunto de particularidades de cada um, de ordem física, civil ou moral. O erro sobre a identidade física (substituição de um nubente na hora do casamento, sem que o outro perceba) é hipótese raríssima. A identidade civil refere-se ao estado pessoal do cônjuge quanto à nacionalidade, à família, à religião.³⁰ É erro essencial o desconhecimento de que o consorte é nacional de um país que admite a poligamia; ou de que é filho adulterino, ou teve casamento anterior anulado em circunstância escandalosa; ou de que professa culto religioso inadmissível pelo cônjuge enganado.³¹ A identidade moral é o conceito que a pessoa tem no ambiente social. Refere-se à honra e boa fama. Honra é a dignidade pessoal; boa fama é estima social de que a pessoa desfruta.

²⁹ O Código Civil permite, no art. 214, o casamento da menor de dezesseis anos ou do menos de dezoito anos para evitar-se a imposição ou o cumprimento de pena criminal. Tal dispositivo tornou-se insubsistente com o disposto no Código Penal que estabelece a irresponsabilidade penal até os dezoito anos (art. 23).

³⁰ Jurisprudência Brasileira-JB 67 — pág. 163;

“Anulação de casamento — erro essencial sobre a pessoa — identidade civil, profissão liberal não possuída e filiação de general irreal não constituem erro — anulação improcedente — Código Civil, art. 219.

Anulação de casamento. Erro essencial quanto à identidade civil do outro cônjuge. Não constitui erro essencial, com força anulatória, o fato de alguém fazer-se passar por engenheiro sem o ser, ter tido apontado algum título de cobertura das despesas feitas com cartão de crédito anos antes do casamento ou, depois dele, haver emitido dois cheques seriados sem suficiente provisão de fundos, mas afinal resgatados”. (Apel. Cív. n.º 6.304, em 12.09.78 — TJRJ.)

³¹ Jurisprudência Brasileira-JB 67 — pág. 148;

“Anulação de casamento — erro essencial sobre a pessoa — divergência de crença religiosa — recusa na celebração do casamento religioso — necessidade de prova cabal de compromisso em tal sentido.

A mudança de procedimento de marido, no referente ao tratamento dispensado à mulher, não justifica, só por si, a anulação do casamento com fundamento em erro essencial, como não justifica o fato de o marido professar crença religiosa diversa da mulher. Para que a recusa de celebração de casamento religioso possa se constituir em motivo de anulação de casamento é indispensável que a existência de compromisso nesse sentido seja cabalmente demonstrada”. (Reexame Necessário n.º 135-82, em 15.06.82 — TJPR.)

Para que o erro sobre a identidade, honra ou boa fama possa levar à anulação do casamento é preciso que se refira a fatos anteriores ao casamento e que seu conhecimento pelo cônjuge enganado torne insuportável a vida em comum (CC, art. 219, I).³² Trata-se de norma jurídica elástica.

Os critérios são subjetivos levando-se em conta a sensibilidade moral do cônjuge enganado, sua educação e personalidade. O critério básico é, porém, a insuportabilidade da vida em comum.

Crimes inafiançáveis são os referidos nos arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal. A prática de outros crimes pode também caracterizar erro essencial, mas com base no art. 219, I.

Para que caracterize erro essencial é preciso que o crime tenha ocorrido anteriormente ao casamento, que tenha sido definitivamente julgado por sentença condenatória e que haja ignorância por parte do outro cônjuge até o momento do enlace matrimonial.³³

Enquanto os incisos I e II do art. 219 se referem às qualidades morais dos cônjuges, os incisos III e IV dizem respeito às quali-

³² "Casamento — ação anulatória — erro essencial — esposa toxicômana" — "Caracteriza-se o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge se o marido, ao tempo do enlace, ignorava que a esposa, além de indiferença ao sexo e alcoolismo demonstrados no pós-casamento, ainda fosse, o que é mais grave, toxicômana e viciada, também, em maconha, desde tempos anteriores à vida em comum. Cabe anulação desse casamento tanto mais se o conhecimento ulterior pelo marido tenha tornado insuportável a vida de recém-casados, a ponto de se terem separado logo após o matrimônio" (TJPR — 943-81, de 06.10.81), in ADV, n.º 4.543.

Jurisprudência Brasileira — JB 67 — pág. 139:

"Anulação de casamento — erro essencial sobre a pessoa — necessidade da prova da essencialidade do erro e da anterioridade do engano — diferença de idade entre os cônjuges — relacionamento previsível.

Ação anulatória ajuizada pela esposa. Falta de prova do alegado erro sobre a pessoa do cônjuge, a essencialidade desse erro e anterioridade do engano, com relação ao casamento. Deficiência sexual também não demonstrada. A mulher, ciente da diferença de idade entre a mesma e o seu marido (na data do casamento, o marido contava com 21 anos de idade e a mulher com 45 anos), deveria ter previsto a dificuldade de relacionamento que surgiria entre eles. Ação improcedente. Recurso provido". (Apel. Cív. n.º 1.783/80, em 27.05.81 — TJPR.)

³³ Jurisprudência Brasileira — JB 67 — pág. 127:

"Anulação de casamento — erro essencial sobre a pessoa — furtos à mão armada — desconhecimento da mulher antes do casamento.

Furtos de automóveis e assaltos à mão armada ignorados pela esposa antes do casamento, constituem erro essencial quanto à pessoa do marido, ensejando, portanto, a procedência da ação de anulação de casamento, pela conseqüente insuportabilidade da vida em comum, nos termos dos arts. 218 e 219, I, do Código Civil". (Dev. Nec. n.º 64/78 em 10.03.81 — TJPR.)

dades físicas, compreendendo defeito físico irremediável e moléstia grave e transmissível.

O defeito físico irremediável refere-se, basicamente, à impotência, que apresenta duas modalidades: a *coeundi* ou instrumental, no homem, e a *artactio*, ou a clausura, na mulher, e a *generandi* ou *conceptendi*, que é a incapacidade de gerar ou de conceber. Somente a primeira é causa de anulação, pois, que quanto à segunda, a procriação não é a única finalidade do casamento.

São causas da impotência feminina, a ausência vaginal congênita, a vagina imperfurada, o infantilismo, o vaginismo, a contração espasmódica dolorosa que impede a relação. Causas de impotência psicológica são a coitofobia, a frigidez histérica, as neuroses, o hermafroditismo etc.

Quanto à moléstia grave, como causa de anulação, deve ser ignorada pelo outro cônjuge, anterior ao casamento, grave, transmissível por contágio ou herança e capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência, tais como a lepra, a tuberculose, a sífilis, as doenças venéreas e, como doenças mentais, a epilepsia, o histerismo, a esquizofrenia, a psicose maniaco-depressiva, a paralisia geral, o alcoolismo, etc.⁸⁴

Como última causa, o defloramento da mulher ignorado pelo marido. Não o defloramento em si, mas a presunção a que leva de

⁸⁴ Jurisprudência Brasileira-JB 67 — pág. 195.

“Anulação de casamento — erro essencial sobre a pessoa — esterilização voluntária do marido — fato desconhecido pela mulher — Código Civil, arts. 218 e 219, I.

Ao consentir no casamento ignorando a esterilização voluntária do marido, incide a mulher em erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, impondo-se a anulação do casamento”. (Apel. Cív. n.º 3.346-1, em 11.12.80 — TJSP.)

Jurisprudência Brasileira — JB 67 — pág. 190.

“Ação de anulação de casamento — erro essencial sobre a pessoa — impotência comprovada do varão — defeito físico irremediável — anulação procedente.

É anulável o casamento, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro. Considera-se erro essencial a impotência comprovada do cônjuge varão autorizando a ruptura do vínculo matrimonial”. (Apel. Cív. n.º 18.289, em 29.06.82 — TJSC.)

Jurisprudência Brasileira — JB 67 — pág. 116.

“Anulação de casamento — erro essencial sobre a pessoa — doença grave e transmissível por herança — necessidade da prova de a doença ser anterior ao casamento e ignorada pelo outro cônjuge.

Na configuração do erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, em razão de ser ele portador de doença grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do consorte ou de sua descendência, e preexistente às núpcias, devem coexistir todas as condições previstas na lei.

Não provado que a doença era anterior ao matrimônio, nega-se procedência à ação de anulação”. (Apel. Cív. n.º 193/81, em 27.04.81 — TJMS.)

vida irregular, mau comportamento, desonestidade, falta de recato e pureza.³⁵

Têm legitimidade ativa para a propositura da ação:

a) no caso de coação ou incapacidade de consentir, o próprio coato, o incapaz e seus representantes legais, no prazo decadencial de dois anos do dia do casamento, e de seis meses se era incapaz de consentir (art. 178, § 5.º, I e II);

b) no caso de menor sujeito ao pátrio poder, tutela ou curatela, os pais, tutores ou curadores, no prazo decadencial de três meses da ciência do casamento (art. 178, § 4.º, II);

c) no caso da menor de dezesseis anos, ou do menor de dezoto, o cônjuge menor, seus representantes legais, seus parentes em linha reta, consangüíneos ou afins, e pelos colaterais, em segundo grau, consangüíneos ou afins (arts. 213 e 190) no prazo decadencial de seis meses (art. 178, § 5.º, III), da data do casamento;

d) no caso de erro essencial, somente o cônjuge enganado, no prazo decadencial de dez dias, na hipótese de defloração, e de dois anos nos demais (CC, art. 178, §§ 1.º, 7.º, I) da celebração do casamento.

O casamento anulável caracteriza-se, em síntese:

a) por produzir efeitos até à sentença, que é de natureza constitutiva, com efeitos *ex nunc*, submetida ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475);

b) por ser ratificável expressamente nas hipóteses do artigo 183, IX e XII, com efeitos retroativos à data da celebração (CC, art. 211 e 216);

c) pelo fato da ação de anulação só poder ser promovida pelas pessoas expressamente indicadas (CC, arts. 210, 212 e 220);

d) por produzir prole legítima (CC, art. 217).

Quanto à prova das ações de nulidade e anulação, admitem-se todos os meios menos a confissão (CPC, art. 351), salvo se acompanhada de outras provas. A aceitação dela sozinha estabelecerá a renúncia de direitos irrenunciáveis.³⁶

24. Casamento putativo (de *putativum*, imaginado, suposto) é o casamento nulo ou anulável que, contraído de boa fé por um

³⁵ Jurisprudência Brasileira — JB 67 — pág. 175.

“Anulação de casamento — erro essencial sobre a pessoa — desvirginamento aos nove anos de idade — confissão de conjunção carnal — prova im- perfeita — impossibilidade de reconhecer a presunção de violência.

Separção de *corpus* — impossibilidade de cumulação com a anulação.

Anulação de casamento com base no art. 219, IV do CC. Sentença confirmada”. (Reexame Nec. n.º 34.992, em 25.05.80 — TJRS.)

³⁶ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 407.

ou ambos os contraentes, produz efeitos de casamento válido. Equipara-se, em termos práticos, à dissolução da sociedade conjugal.

Pressupõe:

a) existência do casamento, pois casamento inexistente não produz qualquer efeito jurídico e nem sequer é tido como putativo;³⁷

b) nulidade ou anulação desse casamento porque, até lá, o casamento é tido como válido;

c) boa fé de um ou de ambos os contraentes, no momento da celebração (*mala fides serperveniens non nocet*).

Quanto à natureza jurídica do instituto, para uns é simples ficção legal, para outros uma exceção ao efeito normal da nulidade (*quod nullum est, nullum producit effectum*) ou exceção à retroatividade própria da nulidade e anulação, ou ainda uma aplicação da teoria da conversão dos atos jurídicos.³⁸ Para outros ainda, a meu ver com acerto, o casamento putativo assenta em uma realidade social que é a vida conjugal baseada na convicção de existência de um casamento válido.³⁹ Seria, assim, instituto autônomo baseado em um fato que se revela pela aparência de um casamento e a que a lei atribui efeitos análogos ao desse ato.⁴⁰

Boa fé significa o desconhecimento da causa da nulidade,⁴¹ compreendendo o erro de fato (casamento de dois parentes em grau proibido, desconhecendo eles tal parentesco) e o erro de direito (na mesma hipótese, cientes os contraentes do parentesco

³⁷ Código Civil português, art. 1630.º:

“1 — O casamento juridicamente inexistente não produz qualquer efeito jurídico e nem sequer é havido como putativo.

2 — A inexistência pode ser invocada por qualquer pessoa, a todo o tempo, independentemente de declaração judicial.”

³⁸ CAHALI “Casamento Putativo”, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 13, pág. 431.

³⁹ ANTUNES VARELA, “Direito de família”, pág. 240.

⁴⁰ PIRES DE LIMA, “O casamento putativo no direito civil português”, Coimbra, 1930, pág. 27.

⁴¹ Jurisprudência Brasileira — JB 67 — pág. 242.

“Anulação de casamento — bigamia — boa fé presumida — efeitos civis do casamento — Código Civil, art. 221.

Bigamia. Boa fé presumida. Mulher analfabeta e inculta, que se casa com primo para reparar o crime deste. Inocorrência de convívio conjugal. Razoável suposição de que fosse solteira, quando do segundo casamento. Artigo 221 do Código Civil. Embargos recebidos para reconhecer a putatividade em relação à mulher.” (Emb. Inf. n.º 266.085, em 15.05.79, TJSP.)

mas ignorantes da proibição legal). É o conceito psicológico, instituído pelo direito canônico, havendo aceitação contemporânea do conceito objetivo que é a desculpabilidade de erro, ou a existência de coação física ou moral na obtenção da declaração de vontade.⁴²

Quanto ao ônus da prova, presume-se a boa fé, cabendo provar a má fé a quem a alega.

Em virtude da boa fé, a anulação e a declaração de nulidade têm mais o efeito de dissolução do casamento (com eficácia *ex nunc*) do que o do seu aniquilamento retroativo, próprio da nulidade e anulação dos atos jurídicos em geral.

O casamento putativo produz efeitos até o dia do trânsito em julgado da sentença anulatória (CC, art. 221), efeitos esses que se mantêm, quer em relação ao passado, quer em relação ao futuro. Apenas não produz efeitos novos com base na situação anterior.⁴³

Qualquer pessoa interessada, cônjuge, filhos, credores, etc., pode requerer a declaração de putatividade, não sendo dado ao juiz declará-la de ofício.

Os efeitos do casamento putativo dizem respeito aos cônjuges, aos filhos e a terceiros. Quanto aos filhos, a questão torna-se despidianda com a Lei do Divórcio, que dispõe, no art. 14, parágrafo único: "ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns", pelo que tais filhos são tidos como legítimos, com todas as conseqüências disso decorrentes, com respeito ao nome, alimentos, pátrio poder, direito de guarda, direito sucessório, etc.

Quanto aos cônjuges, há que distinguir, se ambos estão de boa fé ou somente um. No primeiro caso, o casamento é eficaz quanto a ambos, no segundo, só ao que estava de boa fé (CC, art. 221). Quanto aos efeitos, cessam os direitos e deveres de ordem pessoal (coabitação, fidelidade recíproca), permanecendo, em termos, o de assistência. O cônjuge emancipado pelo casamento assim permanece. O cônjuge mulher tem direito a conservar o apelido do marido.

⁴² Código Civil português, art. 1648.º 1:

"Considera-se de boa fé o cônjuge que tiver contraído o casamento na ignorância desculpável do vício causador da nulidade ou anulabilidade, ou cuja declaração de vontade tenha sido extorquida por coação física ou moral."

⁴³ A putatividade, no casamento anulável ou mesmo nulo, consiste em assegurar ao cônjuge de boa fé os efeitos do casamento válido e entre estes se encontra o direito a alimentos sem limitação no tempo. Rec. Ext. n.º 81.105, 2.ª Turma do STF, RTJ 89/495. A sentença anulatória tem eficácia *ex nunc*. Efeito da putatividade no casamento nulo é a irretroatividade da anulação, RUI ALARCAO, "Confirmação dos negócios anuláveis", Coimbra, Atlântida, 1971, pág. 81.

Tem o direito de ser nomeado inventariante dos bens deixados pelo marido (RT, 427/230). Quanto aos direitos patrimoniais, o devedor alimentar permanece sem limitação no tempo. É eficaz a convenção antenupcial. Permanece a ordem da vocação hereditária existente pelo casamento (se um dos cônjuges morre antes da sentença sucede-lhe o outro, se for o caso). Se o regime de bens tiver sido o de comunhão, partilham-se os bens. Permanecem eficazes as doações antenupciais, salvo as estipuladas para depois da morte do doador e este sobreviver aos filhos do donatário (CC, art. 314, parág. único).

O cônjuge de má fé não tem qualquer direito de ordem pessoal ou patrimonial, não podendo eximir-se de seus deveres. Se emancipado pelo casamento, volta ao estado anterior. Não tem direito a alimentos, nem à inventariança dos bens deixados pelo outro, nem pode ser tido como herdeiro dele, nem tem direito à execução da convenção matrimonial. Se mulher, não tem direito ao apelido do marido. Doação *propter nuptias* de terceiros caduca relativamente ao cônjuge de má fé. Relativamente a terceiros, o cônjuge de boa fé pode pleitear a anulação dos atos particulares pelo outro cônjuge sem o seu consentimento.

Enfim, só o cônjuge de boa fé pode invocar os benefícios do estado matrimonial.⁴⁴ O de má fé é tratado como se não tivesse havido casamento.

Seção III

EFICÁCIA DO CASAMENTO

Subseção I

EFEITOS DE ORDEM PESSOAL

25. Efeitos do casamento. 26. Deveres de ambos os cônjuges. 27. Direitos e deveres do marido. 28. Direitos e deveres da mulher. 29. Limitações ao poder de disposição dos cônjuges. 30. Bens reservados. 31. A responsabilidade do cônjuge pelas dívidas do outro.

25. Efeitos do casamento são as relações jurídicas de natureza pessoal e patrimonial que se estabelecem entre os cônjuges, de modo permanente e, em princípio, indissolúvel.

Pode-se dizer que o efeito do casamento é criar o estado de casado, situação jurídica marcada por direitos e deveres específicos que implicam em restrições ao comportamento dos cônju-

⁴⁴ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pág. 238.

ges, e por alguns poderes estabelecidos em função da família. Nas relações jurídico-familiares predominam os valores éticos, pelo que o casamento faz nascer direitos e deveres, não direitos e obrigações.

De modo analítico, tais efeitos são:

- a) criação da família legítima (CF, art. 175; CC, art. 229);
- b) legitimação dos filhos comuns, nascidos ou concebidos (CC, art. 229);
- c) criação de relações de parentesco por afinidade (CC, artigo 334);
- d) emancipação do nubente menor de idade (CC, art. 9.º — § 1.º, II);
- e) estabelecimento de um regime de bens irrevogável (CC, art. 230);
- f) criação de direitos e deveres para os cônjuges, de ordem pessoal e patrimonial (CC, arts. 231, 233 e 240).

São de ordem pessoal:

- a) direitos e deveres comuns: coabitação; fidelidade; assistência; sustento; guarda e educação dos filhos;
- b) direitos e deveres apenas do cônjuge-marido: a chefia da sociedade conjugal; a representação da família; a administração dos bens comuns e alguns particulares da mulher, a fixação do domicílio familiar;
- c) apenas do cônjuge-mulher: colaborar com o marido nos encargos de família, competindo-lhe a direção material e moral do grupo familiar. A mulher tem o chamado poder doméstico, substituindo o marido, quando necessário, na chefia da família.

São de ordem patrimonial, de ambos os cônjuges, o dever de sustentar a família, e os direitos e deveres próprios do regime de bens estabelecido com o casamento.

Esses direitos e deveres são matéria de ordem pública; sua transgressão implica em sanções civis e penais. São irrenunciáveis, imodificáveis. Convenção em sentido contrário é nula. No seu aspecto pessoal, não podem ser objeto de transação.

26. O casamento estabelece os seguintes deveres para ambos os cônjuges: fidelidade, coabitação, assistência, guarda e educação dos filhos (CC, art. 231).

A fidelidade consiste no relacionamento sexual exclusivo com o cônjuge. Esse dever é essencial ao casamento, é recíproco e permanente. Sua infração caracteriza o adultério (*in re ad alterum torum*), cuja sanção é de natureza civil (separação judicial) e penal (CP, art. 240).

A infidelidade pressupõe vontade e consumação (cópula perfeita). Não se consumando, configura-se apenas injúria grave.

Os intérpretes do Direito Canônico consideravam mais grave a infidelidade da mulher do que a do homem, pela possibilidade da gravidez introduzir no seio da família filho alheio. O direito civil não distingue, porém, a infidelidade feminina da masculina.

Coabitação é a vida em comum. Pressupõe convivência diária e relacionamento sexual (débito conjugal). Esse relacionamento não é da essência do matrimônio, como se verifica na possibilidade de casamento *in extremis*.

A vida em comum é no domicílio conjugal, competindo ao marido fixá-lo (CC, art. 233, III). A recusa injustificada da mulher em acompanhar o marido implica na infração dos deveres de coabitação e de assistência. O entendimento dominante é de que o domicílio do casal deve ser escolhido por ambos os cônjuges, podendo cada um ausentar-se para atender a encargos, públicos, profissionais, ou interesses particulares relevantes,⁴⁵ ficando o marido desobrigado de alimentá-la quando ela abandona, sem justo motivo, a habitação conjugal e se recusa a voltar (CC, art. 234).

O dever de coabitação cessa com a separação judicial e durante a vigência de medida cautelar que determina o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal (antiga separação de corpos) (CPC, art. 888, VI).⁴⁶

O relacionamento sexual deve ser voluntário, inadmitida qualquer coação para esse fim. A negativa na satisfação do débito é motivo de separação judicial. Havendo violência, configura-se o estupro (CP, art. 213), crime contra a liberdade sexual que a mulher não perde pelo casamento. O marido não pode obrigar, com violência, a mulher à satisfação do dever conjugal.⁴⁷

A assistência consiste no dever conjugal de ajuda recíproca em todas as circunstâncias da vida. Compreende a ajuda moral nos momentos difíceis de doença e luto, assim como a ajuda material para a manutenção do cônjuge. Sua infração constitui grave violação dos deveres matrimoniais, a justificar, conforme as circunstâncias, a separação judicial.

O sustento, guarda e educação dos filhos consistem no dever de ambos os cônjuges de proverem à manutenção dos filhos, conservando-os em sua companhia e educando-os. O descumprimento desse dever, que compete a ambos os pais, implica em sanções civis (suspensão ou perda do pátrio poder, ou retirada dos filhos

⁴⁵ Projeto de Código Civil brasileiro, art. 1.605.

⁴⁶ O juiz não pode indeferir pedido de separação de corpos sob o argumento de que os cônjuges, de fato, já se encontravam separados, pois a medida daria legalidade a situação contrária ao direito de família (PONTES DE MIRANDA, Tratado, VIII, 387; HUMBERTO THEODORO JUNIOR, "Processo Cautelar", S. Paulo, EUD, 1976, 395).

⁴⁷ ANTONIO CHAVES, *op. cit.*, pág. 12.

da companhia dos pais) e sanções penais (crime de abandono material intelectual e moral — CP, arts. 244, 245, 246, 247). O dever de guarda compreende o de vigilância, cuja inobservância leva à responsabilidade civil (CC, art. 1.521), e obriga à prestação de assistência material, moral e educacional do menor (Código de Menores, art. 24).

27. Compete ao marido a direção da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos (CC, art. 233).

Cabe-lhe ainda administrar os bens comuns e os particulares da mulher, no caso de regime de comunhão parcial e dotal (artigos 233, II, 274 e 289, I), assim como fixar o domicílio da família, ressalvada à mulher a possibilidade de recorrer ao juiz no caso de deliberação que a prejudique como, por exemplo, no referente à sua profissão ou a interesses particulares relevantes.

A administração dos bens pelo marido não lhe cria a obrigação de prestar contas, pois há uma presunção legal de que administra em benefício da família⁴⁸ salvo no caso de bens parafernais (CC, art. 310 e 311).

Cabe-lhe ainda a representação legal da família, expressão que se deve entender como a promoção e defesa dos direitos do grupo familiar. A idéia de representação implica na de personalidade, que a família não tem. O marido representa a família, os filhos menores de 16 anos, mas não a mulher.

E compete-lhe manter a família, encargos a que também se obriga a mulher na proporção de seus bens. A obrigação do marido sustentar sua mulher cessa quando esta abandona, sem justo motivo, a habitação conjugal, recusando-se a voltar. Nesse caso, pode o marido pedir o seqüestro temporário de parte dos rendimentos da mulher (CC, art. 234). Mas essa exoneração exige sentença judicial. Até lá, permanece o marido obrigado.

28. Com o casamento a mulher torna-se companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela respectiva direção moral e material, podendo acrescer aos seus os apelidos da família do marido (CC, art. 240). Tem, assim, a faculdade de conservar o nome de solteira ou de acrescer ao seu o sobrenome do marido. Não deve abandonar o seu nome, pois a lei estabelece acrescer.

Essa posição jurídica representa a extinção do poder marital, que não mais existe, evidentemente, e o reconhecimento do poder doméstico, aptidão da mulher para o exercício moral das funções

⁴⁸ ANTONIO CHAVES, *op. cit.*, pág. 47.

de dona-de-casa (atos de economia doméstica como a compra de alimentos, a admissão de serviçais, os cuidados com a educação, alimentação, e a roupa dos filhos etc.).

Tal poder não se justifica nem pela teoria do mandado nem pela da representação legal, que pressupõem a supremacia do marido, inexistente. O poder doméstico compete à mulher casada por direito próprio. O marido pode cassar esse poder quando exercido abusivamente, pois que é responsável pelos atos praticados pela mulher no exercício desse poder. Os credores agem contra o marido, a quem compete manter o lar; a mulher responde subsidiariamente.

29. Nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, qualquer que seja o regime de bens, alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios; pleitear, como autor do réu, acerca desses bens e direitos; prestar fiança (mas pode prestar aval); fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns.

Além disso, a mulher também não pode alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime de bens, assim como alienar seus direitos reais sobre imóveis de outrem, e contrair obrigações que possam importar em alheação dos bens do casal (CC, art. 242, II e III). A autorização do marido pode ser geral ou especial, devendo constar de instrumento público ou particular autenticado (CC, arts. 243 e 244).

O marido pode, todavia, independentemente de outorga uxória, fazer dotes ou doações nupciais às filhas e doações aos filhos por ocasião de seu casamento ou estabelecimento de economia separada (CC, art. 236).

Cabe ao juiz suprir a outorga necessária quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível dá-la, mas isso não obriga os bens próprios do cônjuge que havia negado o consentimento (CC, arts. 238 e 245).

A falta de autorização torna anulável o ato praticado, podendo o cônjuge-mulher propor ação de anulação no prazo prescricional de quatro anos (CC, art. 178, § 9.º, I e II). Trata-se de anulabilidade porque o ato é ratificável, a legitimidade para a propositura da ação é restrita ao cônjuge, ou a seus herdeiros, não podendo o juiz decretá-la de ofício na forma da lei, o prazo é prescricional e a sentença é constitutiva com eficácia *ex nunc*. Se o autor foi o marido, o prazo é de dois anos (CC, art. 252). A anulação dos atos de um cônjuge por falta da outorga indispensável do outro importa ficar o primeiro obrigado pela importância da vantagem que do ato anulado lhe haja advindo, a ele, ao consorte ou ao casal (CC, art. 255).

A lei estabelece uma presunção e uma ficção no art. 247. Presume-se a mulher autorizada pelo marido para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica; para obter, por empréstimo, as quantias necessárias a essa aquisição; para contrair as obrigações concernentes à indústria ou profissão que exerce com a autorização do marido ou suprimento do juiz. Considera-se fictamente autorizada pelo marido, a mulher que ocupar cargo público ou, por mais de seis meses, se entregar a profissão exercida fora do lar conjugal. Nesses casos, qualquer que seja o regime do casamento, os bens de ambos os cônjuges ficam obrigados igualmente pelos atos que a mulher praticar (CC, art. 254).

Os atos da mulher autorizados pelo marido obrigam todos os bens do casal, se o regime matrimonial for o da comunhão, e somente os particulares dela, se outro for o regime e o marido não assumir, conjuntamente, a responsabilidade do ato (CC, art. 253).

30. Bens reservados são os que a mulher adquire pelo exercício de profissão lucrativa diversa da do marido. Constituem um patrimônio separado, conforme o disposto na Lei n.º 4.121/62 (estatuto da mulher casada), que alterou o art. 246 do Código Civil.

Surgiu assim, a figura dos bens reservados, os auferidos com o trabalho da mulher casada, formando um patrimônio distinto, administrado pela mulher, e do qual ela tem a livre disposição, excetuados os imóveis (art. 242, II).⁴⁹

Esses bens não se comunicam, não se incorporam ao patrimônio do casal, não são objeto de divisão em caso de separação judicial, passando, por morte, aos herdeiros de cada cônjuge. Presupõem: a) regime da comunhão universal ou parcial; b) o exercício de uma atividade ou profissão lucrativa diversa da do marido; c) rendimentos distintos.

A caracterização dos bens reservados torna conveniente uma referência expressa no ato de aquisição, principalmente dos móveis, não só pelo poder de livre disposição da mulher sobre eles como também pela responsabilidade dela pelas obrigações que firmar (art. 3.º da Lei n.º 4.121/62). Os bens reservados não respondem pelas dívidas do marido, salvo os contraídos em benefício da família.

⁴⁹ Jurisprudência Brasileira — JB 46 — pág. 256.

“Mulher casada — bens reservados — aquisição com o produto do seu trabalho — exclusão da comunhão — Código Civil, arts. 246 e 263, XII.

Bens reservados. Aquisição com o produto de seu trabalho. Exclusão da comunhão, à falta de estipulação diversa, em pacto antenupcial. Artigos 246 e 263, n.º XII, do Código Civil.

Aquisição pela mulher, em seu próprio nome. Desnecessidade de constar do título aquisitivo, a qualidade de bem reservado. Embargos rejeitados. Decisão mantida.” (Emb. Inf. n.º 264.640, em 16.03.78 — TJSP.)

31. A Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, alterando alguns dispositivos do Código Civil para estabelecer a igualdade de direitos entre os cônjuges, dispõe no art. 3.º: “Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação”.

Existe certa imprecisão técnica nesse dispositivo, em que a palavra título deve entender-se, não como causa da dívida, mas como título cambiário. A meação, que em verdade somente existe em caso de extinção da sociedade conjugal, deve entender-se como sinônimo de metade ideal do patrimônio do casal. A razão de ser dessa norma jurídica é proteger qualquer dos cônjuges, principalmente a mulher, dos desmandos com que o outro possa comprometer o patrimônio do casal. Não obstante a controvérsia doutrinária existente, decorrente da má redação do preceito, os tribunais vêm aceitando a defesa, por meio de embargos de terceiro, da metade ideal do cônjuge afetada pela penhora dos bens do casal. Os bens assim excluídos da execução devem considerar-se bens reservados, sob pena de serem novamente objeto de penhora. Não cabe tal procedimento se a dívida foi contraída em benefício da família.⁵⁰

Subseção II

EFEITOS DE ORDEM PATRIMONIAL

32. Regime de bens. 33. Pacto antenupcial. 34. O regime da comunhão universal. 35. O regime da comunhão parcial. 36. O regime da separação de bens. 37. O regime dotal. 38. Doações antenupciais.

32. Regime de bens é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros, regulando a propriedade dos bens e o poder de sua disposição.

Constitui um estatuto jurídico complexo que visa disciplinar a solução de questões relevantes, designadamente:

⁵⁰ Jurisprudência dos direitos da mulher casada — R. LIMONGI FRANÇA — pág. 194.

— “Aval prestado pelo marido.

Cambial — aval prestado por homem casado sem o consentimento expresso ou tácito da mulher — Defesa desta calcada no art. 3.º da Lei 4.121, de 1962 — Exclusão de sua meação — Exequente que não provou tenha advindo do título qualquer vantagem ou proveito à família do avalista — Recurso não conhecido.” (Recurso Extraordinário 69.544 — RS — 1.ª Turma.)

a) quem são os titulares dos diversos conjuntos de bens que podem existir;

b) quem tem poder de administração e de disposição sobre tais bens;

c) quem suporta os encargos familiares e quem é responsável pelas obrigações deles decorrentes.⁵¹

A razão de ser de tais disposições reside no fato de que a família exerce também, funções de ordem patrimonial (moradia, sustento, educação, assistência médica, etc.), que exige meios para sua realização.

Enquanto que as relações jurídicas de ordem pessoal submetem-se todas às mesmas regras, as de ordem patrimonial podem disciplinar-se com regimes diversos, que aos nubentes compete escolher no ato do casamento.

Regem esta matéria os princípios da liberdade e o da imutabilidade. Pelo primeiro, podem os nubentes livremente escolher, salvo as restrições legais (CC, art. 258), o regime que lhes aprouver; pelo segundo, o regime escolhido é imutável (CC, art. 230), visando-se evitar mudanças prejudiciais a qualquer dos cônjuges ou a terceiros. A mutabilidade do regime é, porém, defendida em sede doutrinária.⁵²

Em razão da imutabilidade do regime, condenam-se os contratos entre esposos, nomeadamente o de sociedade comercial.⁵³

Quanto à origem, o regime de bens é legal ou convencional, conforme decorra da lei, supletiva (CC, art. 258) ou obrigatoriamente (CC, art. 258, parág. único), ou da vontade dos nubentes (CC, art. 256).

Quanto à titularidade dos bens, o regime pode ser, basicamente, de comunhão e de separação, disciplinando o Código Civil

⁵¹ DIEZ-PICAZO, "Sistema de derecho civil", pág. 131.

⁵² ORLANDO GOMES, *op. cit.*, pág. 105; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, n.º 399.

⁵³ Jurisprudência das sociedades comerciais — R. LIMONGI FRANÇA — pág. 312. "A tendência atual é para admitir sociedade entre cônjuges, máxime após a promulgação do Estatuto da Mulher Casada.

É princípio de direito universal que todos aqueles que administram ou tenham sob a sua guarda bens alheios devem prestar contas. Segue-se, desse princípio, que o obrigado a contas se presume devedor enquanto não as prestar e as mesmas forem havidas como boas." (Apelação n.º 193.656, do TJSP.)

Jurisprudência das sociedades comerciais — R. LIMONGI FRANÇA — pág. 319: "Sociedade de marido e mulher. Irregularidade.

É irregular a sociedade comercial entre marido e mulher, de modo especial quando os dois são os únicos componentes da firma. Assim, nada obsta que os bens sociais sejam penhorados por dívida de um dos sócios." (Apel. n.º 195.339 do TJSP.)

quatro espécies: o da comunhão universal (CC, arts. 262 a 268), o da comunhão parcial (CC, arts. 269 a 275), o da separação (CC, arts. 276 e 277) e o dotal (CC, arts. 278 a 311).

Não havendo convenção, ou sendo nula, vigora o regime da comunhão parcial (CC, art. 258). Em determinados casos, porém, é obrigatório o regime da separação de bens (CC, art. 258, parágrafo único). O regime da comunhão parcial figura, assim, no direito brasileiro, como regime legal supletivo.

O regime de bens extingue-se com a dissolução da sociedade conjugal.

A escolha do regime de bens faz-se no pacto antenupcial.

33. Pacto antenupcial é a convenção em que os nubentes fixam o regime de bens de seu casamento. Quanto à sua natureza, é ato jurídico sob condição legal (*condicio iuris*) de realizar-se o matrimônio. Sua validade exige como forma especial (*ad substantiam*), a escritura pública, e subsequente matrimônio (CC, art. 256, parág. único). Quanto à capacidade das partes, quem for capaz ou estiver autorizado para casar, estará apto para celebrá-lo (*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*).

Objeto do pacto antenupcial são apenas as futuras relações patrimoniais, não se admitindo dispositivos que prejudiquem os direitos conjugais ou paternos, ou que sejam contrários à lei (CC, art. 257) como, por exemplo, alteração nas disposições sobre pátrio poder, guarda de filhos, direitos e deveres matrimoniais. A eficácia do pacto perante terceiros exige registro (CC, art. 261).

34. O regime de comunhão universal é aquele em que se comunicam todos os bens dos cônjuges, os trazidos e os adquiridos na constância do casamento. Forma-se um estado de comunhão que nasce com o casamento, compreendendo todos os bens presentes e futuros, assim como as dívidas, e terminando com a dissolução da sociedade conjugal. Até a partilha, dessa decorrente, o patrimônio comum subsiste, com eventuais acréscimos, sob a administração do cônjuge possuidor dos bens. No caso de anulação de casamento, só o putativo produz o estado da comunhão, tendo a sentença eficácia *ex nunc*, constitutiva. Essa comunhão é de domínio e de posse, mas não de administração.

O Código Civil indica os bens que se excluem da comunhão (CC, art. 263), pelo que se podem formar três patrimônios, o dos bens comuns, o dos bens excluídos da mulher e o dos bens excluídos do marido, o que leva à conclusão de que tal regime não existe em sua essência. A incomunicabilidade desses bens, porém, não se estende aos respectivos frutos percebidos durante o casamento (CC, art. 265). A administração dos bens comuns compete ao marido, podendo caber à mulher nos casos do art. 266, parág. único.

As dívidas anteriores ao casamento que não decorram dos preparativos ou que não revertam em proveito comum, excluem-se da comunhão, e seu pagamento só se pode fazer com os bens que o cônjuge devedor tiver trazido para o casal (CC, art. 264). Efetuado o pagamento com bens comuns, o respectivo valor deve deduzir-se da meação do devedor quando dissolvida a sociedade conjugal.

35. O regime da comunhão parcial, regime misto ou da comunhão dos aqüestos é aquele em que se comunicam apenas os bens adquiridos na constância do casamento, com as exceções legais (CC, arts. 269, 270 e 272).

É o regime que a lei estabelece para o caso de falta ou nulidade de pacto antenupcial (CC, art. 258). Caracteriza-se pela comunhão dos aqüestos, bens que os cônjuges adquirem na constância do casamento.

Presumem-se adquiridos na constância do casamento os móveis quando não se provar sua aquisição anterior.

Compete ao marido a administração dos bens do casal, e à mulher a dos seus bens particulares, mas os frutos destes entram na comunhão (CC, art. 271, V).

As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges obrigam os bens comuns e os particulares, na medida do proveito de cada cônjuge (CC, arts. 274 e 275).

No regime da comunhão parcial configuram-se três patrimônios, o do casal, formado pelos aqüestos, o dos particulares do marido e os da mulher. Na verdade, existem dois patrimônios, um de cada cônjuge, parcialmente misturados.

No caso de má administração dos bens comuns, pode o cônjuge prejudicado promover quaisquer medidas preventivas para evitar a dilapidação do patrimônio do casal, assim como promover a reivindicação de bens particulares vendidos sem a sua autorização, a anulação de tais atos de disposição, mover contra o cônjuge ou terceiros, ação de indenização por perdas e danos, etc.

36. O regime de separação de bens é aquele em que os bens dos cônjuges permanecem na propriedade, posse e administração de cada um deles. Caracteriza-se pela incomunicabilidade dos bens presentes e futuros de cada cônjuge, assim como das respectivas dívidas. Há uma união de pessoas com separação de seus patrimônios. O elo comum é a indisponibilidade apenas dos bens imóveis (CC, art. 276).

Tal regime decorre da convenção ou da lei. No primeiro caso, sua adoção é voluntária, exigindo pacto antenupcial. No segundo é obrigatória, para as hipóteses do art. 258, parág. único. Com re-

ferência ao casamento do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos, o art. 45 da Lei n.º 6.515, de 26.12.1977, permite que o regime de bens seja livremente adotado se o casamento se seguir a uma comunhão de vida existente antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenham resultado filhos.

Não havendo no pacto antenupcial disposição expressa, ou no caso de ser obrigatória a separação dos bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento (CC, art. 259 e Súmula 377 do STF).

Temos então que, no regime de separação de bens: a) cada cônjuge conserva a propriedade, a posse e a administração dos bens que levar para o casamento, assim como os seus frutos e rendimentos; b) tem a propriedade exclusiva dos que adquirir posteriormente, assim como sua administração; c) pode livremente alienar os bens móveis; d) permanecem também incomunicáveis as dívidas de cada cônjuge; e) marido e mulher são obrigados a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, sendo a contribuição da mulher proporcional, quanto ao valor de seus bens, relativamente aos do marido (CC, art. 277).

37. O regime dotal é aquele em que o marido recebe um conjunto de bens móveis ou imóveis, chamado dote, para prover às despesas e encargos familiares com os frutos e rendimentos respectivos. É regime próprio do sistema de separação de bens, embora possa combinar-se com o da comunhão parcial. Teve inexpressiva aceitação no nosso país, pelo que excluído no projeto de reforma do Código Civil.

O dote é uma universalidade de direito com destinação específica, o sustento familiar. Compõem-se de bens inalienáveis e incomunicáveis, administrados pelo marido que é obrigado a restituir-los, quando dissolvida a sociedade conjugal (CC, art. 300). É instituído em pacto antenupcial, e tem por objeto bens de qualquer espécie. Podem constituir-lo a própria nubente, qualquer dos seus ascendentes (dote profetício), ou terceiro (dote adventício).

Recebendo o dote, deve o marido administrar-lhe os bens, perceber seus frutos e protegê-los com as medidas judiciais cabíveis (CC, art. 289). Sua posição é a de usufrutuário (CC, art. 289, II).

No caso da desordem nos negócios do marido fazer recear que os bens deste não bastem para assegurar os dela, pode a mulher requerer judicialmente a separação do dote no exercício de um direito que lhe é exclusivo, e contra o qual os credores se podem opor, quando fraudulenta a separação (CC, art. 308).

No regime dotal, a mulher pode ter duas espécies de bens: os bens dotais, que integram o dote, e os bens extradotais, ou para-

feriais, bens particulares não compreendidos no dote, e dos quais a mulher conserva a propriedade, a administração, o gozo e a livre disposição, desde que móveis (CC, art. 310).

38. Doações antenupciais são as doações que os nubentes fazem entre si ou um ao outro, no pacto antenupcial. Incabíveis no regime da separação obrigatória, não têm sentido no regime da comunhão universal, salvo se estabelecida uma cláusula de incomunicabilidade para os bens doados (CC, art. 263, VIII).

A doação antenupcial é negócio jurídico solene, porque exige escritura pública, e condicional, porque subordinada sua eficácia a condição jurídica (*condicio iuris*) que é a realização do casamento. Não pode exceder a metade dos bens do doador, para não prejudicar eventual herdeiro necessário desse doador. E não precisa da aceitação expressa do donatário, traduzida que é com o casamento, nem é revogável por ingratidão (CC, art. 1.187, IV).

A doação para casamento pode também ser feita por terceiro, no pacto antenupcial, ou em escritura pública anterior ao casamento (CC, art. 313). E pode ainda ser feita para depois da morte do doador. Neste caso, aproveitarão aos filhos do donatário, ainda que este faleça antes daquele. No caso de o doador sobreviver a todos os filhos do donatário, caducará a doação (CC, art. 314).

Capítulo III

MODIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA MATRIMONIAL

A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

39. A modificação da relação jurídica matrimonial. 40. A morte como fator de dissolução do casamento e da sociedade conjugal. 41. A separação judicial. 42. A separação consensual. 43. A separação litigiosa. 44. Conduta desonrosa. 45. Violação grave dos deveres matrimoniais. 46. Ruptura da vida conjugal e grave doença mental. 47. O processo da separação judicial litigiosa. 48. Efeitos da separação judicial.

39. O casamento estabelece a sociedade conjugal e cria uma relação jurídica complexa entre os cônjuges, o chamado vínculo matrimonial, caracterizado pelos poderes, direitos e deveres já estudados.

A Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a chamada Lei do Divórcio, ab-rogando a parte do Código Civil que regulava a dissolução da sociedade conjugal e derrogando a que regulava a proteção dos filhos, dispõe que a sociedade conjugal se extingue pela

morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio, destacando, ainda, que o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio (Lei n.º 6.515, art. 2.º e parág. único).

Distingue-se o casamento como ato jurídico, da sociedade conjugal e do vínculo que ele estabelece. O casamento válido, como ato jurídico, só se dissolve pela morte ou pelo divórcio. A sociedade conjugal, efeito do casamento, termina nesses casos e ainda nos de nulidade ou anulação do casamento ou no de separação judicial.

Temos, então, que a relação jurídica matrimonial extingue-se com a morte e com o divórcio, e modifica-se, apenas, com a separação judicial.

40. A morte do cônjuge, fato jurídico, dissolve o casamento, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, criando para o cônjuge supérstite o estado de viúvo. Se este for o cônjuge-mulher, novo casamento deve observar o disposto no art. 183, n.º XIV. Quanto à morte presumida, excluída que era pelo parág. único do art. 315, ora revogado, para fins de dissolução do casamento, embora admitida para fins sucessórios (CC, art. 10), não mais impede novo casamento, desde que o cônjuge sobrevivente requiera a separação judicial com base na alegação de ruptura da vida em comum por mais de cinco anos consecutivos (Lei n.º 6.515, art. 5.º, § 1.º). Obtida a separação e decorridos três anos, o divórcio possibilita o novo casamento.

41. Separação judicial é a dissolução da sociedade conjugal com a permanência do vínculo. É a separação de direito, que difere da separação de fato, cessação da vida em comum sem intervenção judicial,⁵⁴ mas que tem importantes efeitos jurídicos. Difere da separação cautelar, medida de separação de corpos preparatória (Lei n.º 6.515, art. 7.º, § 1.º e art. 8.º), com caráter provisório e temporário; difere do divórcio, que dissolve o casamento enquanto que a separação extingue apenas a sociedade conjugal; difere da declaração de nulidade do casamento e de sua anulação, que se devem a causas anteriores ou concomitantes à celebração do casamento, enquanto a separação se deve a fatos supervenientes.

Separação judicial é termo substitutivo da antiga denominação desquite. Apresenta duas espécies, a separação judicial por acordo dos cônjuges (separação consensual), e a separação judicial litigiosa (separação judicial). Ambas exigem sentença do juiz que, no primeiro caso, homologa o acordo de separação e, no segundo, decreta a extinção da sociedade conjugal.

⁵⁴ ORLANDO GOMES, *op. cit.*, pág. 321.

42. A separação consensual exige três requisitos: casamento há mais de dois anos; manifestação de vontade perante o juiz competente; homologação judicial do acordo.

Os cônjuges, ou alguém por eles, se não puderem escrever, assinam a petição em que manifestam a vontade de se separarem. As assinaturas, se não lançadas perante o juiz, devem ser reconhecidas por tabelião. O requerimento será também assinado pelo advogado ou advogados das partes.

Acompanham o requerimento a certidão de casamento dos cônjuges, a de nascimento dos filhos e o pacto antenupcial, se existirem. Descrevem-se os bens do casal e estabelece-se a respectiva partilha, assim como o acordo sobre a guarda dos filhos menores, o custeio da criação e educação dos filhos, e a pensão alimentícia para a mulher, se esta não puder prover à sua própria subsistência. A jurisprudência do STF (Súmula 379) não admite cláusula da renúncia aos alimentos, podendo ser dito que o cônjuge deixa de exercer seu direito à pensão por dela não necessitar na oportunidade, garantido o direito de pleiteá-la posteriormente.

O juiz ouve os requerentes, esclarecendo-os sobre os efeitos do ato. Verificados os pressupostos da lei e ouvido o representante do Ministério Público, o juiz homologa o acordo e averba-se a sentença do Registro Civil das Pessoas Naturais e no de Imóveis, se for o caso (CPC, arts. 1.120 a 1.124).

Acordada a partilha dos bens na petição, não há que fazer inventário. Requer-se a avaliação dos eventuais bens imóveis para cálculo e pagamento do imposto de transmissão (imposto de reposição), se os quinhões forem desiguais (Súmula 116 do STF). Não havendo acordo sobre a partilha, realiza-se esta na forma dos arts. 982 a 1.045 do CPC.

43. Separação litigiosa, ou separação judicial, é a que resulta de ação ordinária proposta por um cônjuge, a qualquer tempo, para a dissolução da sociedade conjugal.

A legitimidade ativa ou passiva é exclusiva dos cônjuges e, no caso de incapacidade, do respectivo representante legal, o curador, ou ainda, um ascendente ou um irmão.

A Lei n. 6.515, de 26.12.1977, estabelece no art. 5.º as causas da separação judicial: a) conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento; b) ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição; c) grave doença mental de um dos cônjuges com mais de cinco anos de duração e de cura improvável manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum. Na primeira hipótese, um dos

cônjuges é culpado, e a separação judicial representa uma sanção. Na segunda, inexistente culpa, e a separação representa a falência do matrimônio. Na terceira, também sem culpa, a separação age como remédio.

Ao estabelecer como causa da separação judicial conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento, o legislador criou uma norma jurídica elástica dando ao juiz certa flexibilidade na avaliação dos fatos. Difere, assim, do art. 315 do Código Civil, revogado, que estabelecia as causas de desquite: adultério, tentativa de morte, sevícia e injúria grave, e abandono do lar por mais de dois anos. Essas causas típicas podem ainda considerar-se para fins didáticos.

44. Conduta desonrosa é comportamento imoral do cônjuge, atentatório à dignidade e à honra do outro. É uma causa relativa, apreciada em função do cônjuge ofendido, a quem deve tornar insuportável a vida em comum.

O que caracteriza a conduta desonrosa, além da infração dos deveres do casamento, não é o comportamento do cônjuge em face do outro, mas em face da sociedade em geral, o que se reflete, obviamente, sobre toda a família. Sendo impossível uma indicação precisa dos fatos que compõem uma conduta desonrosa, o entendimento doutrinário e jurisprudencial vê no comportamento criminoso o exemplo mais freqüente. Assim, apresenta uma conduta desonrosa, independentemente da condenação criminal, aquele que emite reiteradamente cheques sem fundos, o que se dedica à exploração do lenocínio e de jogos proibidos, ao uso excessivo de bebidas alcoólicas e de tóxicos, assim como à prática do baixo espiritismo ou de formas anômalas de sexo.

Além da conduta desonrosa, deve configurar-se a insuportabilidade da vida em comum, o que o juiz avalia em face das condições pessoais dos cônjuges (formação religiosa, educação, sensibilidade, ambiente social, etc.).

A conduta desonrosa deixa de ser causa de dissolução judicial se o cônjuge inocente induz o outro à prática dos atos que a configuram ou os aceita tranqüilamente, deixando o tempo correr sem qualquer atitude de sua parte.

45. Grave violação dos deveres do casamento é qualquer ato que implique no descumprimento dos deveres estabelecidos no art. 231, fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos.

Adultério (*ire ad alterum torum*) é a união sexual de uma pessoa casada com outra que não o seu cônjuge.

Consiste na violação do dever de fidelidade.⁵⁵ Pressupõe dois elementos: um, objetivo, material, que é a relação sexual completa com pessoa diversa do cônjuge, e outro subjetivo, psicológico, que é a vontade livre, consciente, de praticar tal ato.⁵⁶

Em face do princípio da não compensação de culpas em matéria familiar, o adultério de um cônjuge não justifica o do outro.

O Código Civil dispunha (art. 319) que o adultério não seria objeto de sanção quando o cônjuge ofendido tivesse concorrido para que o outro o cometesse, ou quando o cônjuge inocente o houvesse perdoado, considerando-se como tal a coabitação com o culpado.

A lei do divórcio omite tal disposição, pelo que o concurso e o perdão do ofendido não mais figuram como excludentes legais do adultério.⁵⁷ Tais elementos, porém, podem ser levados em conta na verificação de outro requisito para a separação, que é a insuportabilidade da vida em comum.

Inexiste diferença entre o adultério do marido e o da mulher.

Injúria é toda ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do cônjuge, por atos ou palavras. Sevícia é a ofensa à integridade física, agressões, violências, maus-tratos corporais, bastando um só ato para caracterizá-la.

Para que se constituam em causas de separação judicial é preciso que sejam graves e que tornem insuportável a vida em comum.

O conceito de injúria é elástico, flexível e relativo, devendo o intérprete considerar as circunstâncias em que os fatos se verificam, e as qualidades pessoais dos cônjuges (educação, formação moral e meio social).

A casuística da injúria grave compreende os atos que violam o dever de fidelidade sem adultério, como as liberdades sexuais com terceiro, a inseminação artificial sem anuência do cônjuge marido, os comentários desairosos e depreciativos sobre o cônjuge, a apresentação da amante como esposa, práticas sexuais anormais, maus-tratos, expulsão do leito conjugal, difamação, a animosidade sistemática, os atentados ao pudor, a recusa injustifi-

⁵⁵ ORLANDO GOMES, *op. cit.*, pág. 263.

⁵⁶ A separação judicial extingue o dever de fidelidade (Lei do Divórcio, art. 3.º). Não a separação de fato, que em nada modifica tal dever, se bem que existam opiniões e decisões em contrário, RT 381/100, 421/119, 471/68, 491/95, 468/316. Cf. YUSSEF SAID CAHALI, "Divórcio e separação", S. Paulo, RT, 1978, pág. 428.

⁵⁷ Separação judicial — adultério — perdão presumido. — Com a revogação do art. 319 do Código Civil, não havendo presunção legal de perdão decorrente da coabitação, perdão do adultério depende de prova inequívoca de o mesmo ter ocorrido. Ac. unânime 8.ª C.C. de 09.11.82 — Apel. Cível n.º 23.985 — TJRJ.

cada ao relacionamento sexual, os ciúmes exagerados, a indiferença, o desprezo, etc.

O abandono do lar viola o dever de coabitação. Deve ser voluntário e injusto para configurar a hipótese legal de separação judicial. Não abandona o lar a mulher que dele é expulsada pelo marido violento, nem o cônjuge que foge ao perigo que o ameaça no lar.

A tentativa de morte, como fundamento da separação judicial, caracteriza plenamente a violação grave do dever dos cônjuges de cuidarem da vida, saúde e integridade física uns dos outros.⁵⁸

46. A ruptura da vida em comum justifica a separação, desde que tenha mais de cinco anos consecutivos e seja impossível a reconstituição da vida conjugal.

Quanto à existência de grave doença mental, é preciso: 1) que se manifeste após o casamento; 2) que impossibilite a vida em comum; 3) que exista há mais de cinco anos; 4) que seja de cura improvável. São hipóteses mais conhecidas a epilepsia, a esquizofrenia, a psicose maniaco-depressiva, a senilidade patológica, a alienação mental, a paranóia, etc.

Tanto no caso de ruptura da vida conjugal quanto na hipótese de grave doença mental, pode o juiz negar a separação, se ela se constituir em fator de agravamento das condições pessoais ou de doença do cônjuge requerido (por exemplo, perda de nacionalidade, risco de expulsão do território nacional, perda de importante cargo profissional, etc.) ou possa determinar, em qualquer caso, consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores (risco de suicídio, risco de perturbações mentais graves).⁵⁹

Consequências da separação judicial nas duas hipóteses acima indicadas, onde não se discute a existência de culpa de qualquer dos cônjuges:

a) reverte para o cônjuge requerido o remanescente dos bens que levou para a sociedade conjugal e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos aqüestos (Lei n.º 6.515, art. 5.º, § 3.º);

b) tendo sido o cônjuge-mulher a requerer a separação judicial, volta a usar seu nome de solteira (Lei n.º 6.515, art. 17, § 1.º); se tiver sido a requerida, ainda que procedente a ação, pode manter o nome de casada (raciocínio *a contrario sensu*);

c) convertendo-se a separação judicial em divórcio, o cônjuge que tiver a iniciativa da separação continua com o dever de assistência para com o outro (Lei n.º 6.515, art. 26);

⁵⁸ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pág. 69.

⁵⁹ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, págs. 90/91.

d) quanto aos filhos, no caso de ruptura da vida conjugal dos pais, por mais de cinco anos, ficarão eles na guarda do cônjuge em cuja companhia já estavam (Lei n.º 6.515, art. 11) e, no caso de grave doença mental, ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação, podendo o juiz regular de modo diverso, em caso de motivos graves (Lei n.º 6.515, arts. 12 e 13).

47. O processo da separação judicial litigiosa segue o rito ordinário e termina com sentença constitutiva extintiva da sociedade conjugal.

Foro competente para a propositura da ação é o da residência da mulher (CPC, art. 100, I), independentemente de ela ter abandonado justa ou injustamente o lar conjugal. Se incerto o seu paradeiro, o foro competente é o da residência do marido.

Após obrigatória tentativa de conciliação (Lei n.º 6.515, art. 3.º, § 2.º), sob pena de nulidade, se os cônjuges solicitarem serão também chamados a intervir os seus advogados, para que assistam aos entendimentos e deles participem.

A petição inicial deve observar o disposto no art. 282 do CPC.

Não havendo conciliação, o juiz tentará a separação consensual. Não a conseguindo, despachará a petição e determinará a citação do cônjuge requerido. A qualquer tempo, no curso do processo, podem as partes requerer a respectiva conversão em separação consensual (CPC, art. 1.123).

É obrigatória a intervenção do Ministério Público (CPC, artigo 82, II). A resposta do réu pode ser contestação, exceção e reconvenção (CPC, art. 297). Esta é indispensável para a procedência da ação de separação com reconhecimento de culpa de ambos os cônjuges.

Incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333). A prova testemunhal é a mais freqüente, admitindo-se o depoimento de pessoas em regra impedidas, como os parentes em grau próximo (CPC, art. 405, § 2.º), e com mais freqüência ainda, o dos serviçais e de empregados domésticos. Quanto à prova da infidelidade conjugal, recorre-se largamente às presunções, provas indiretas que permitam concluir pela existência das relações adúlteras⁶⁰ como

⁶⁰ Jurisprudência Brasileira — JB 51 — pág. 197.

“Separação — separação consensual — adultério — tentativa de morte — sevícia — injúria grave — ato de infidelidade — desnecessidade da prova cabal do adultério — indícios veementes.

a concepção na ausência do marido e a existência de doença venérea.

A separação judicial pode ser precedida ou acompanhada de medidas cautelares destinadas a manter o equilíbrio entre as partes, evitando a ocorrência de dano de incerta ou difícil reparação (CPC, art. 796). Visando normalmente proteger a mulher, as mais freqüentes são o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal (separação de corpos), a guarda provisória dos filhos, os alimentos provisionais e o arrolamento de bens. A primeira reveste-se de especial importância, pois pode ser considerada termo inicial do prazo necessário para a conversão em divórcio (Lei n.º 6.515, art. 25).

48. São efeitos de ordem pessoal:

a) extinguem-se os deveres de coabitação e fidelidade (Lei n.º 6.515, arts. 3.º e 7.º);

b) a mulher deixa de usar o nome do marido se vencida (no caso, culpada) ou quando for de sua iniciativa a separação com base nos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º. Se vencedora (no caso inócense) tem direito de opção (Lei n.º 6.515, art. 17, § 2.º), podendo a qualquer momento renunciar ao direito de usar o nome do marido (Lei n.º 6.515, art. 18).

c) permite-se o divórcio, decorridos três anos do trânsito em julgado da sentença de separação (Lei n.º 6.515, art. 8.º).

São efeitos de ordem patrimonial:

a) extingue-se o regime de bens (Lei n.º 6.515, arts. 3.º e 7.º), partilhando-se os bens se o adotado tiver sido o da comunhão, total ou parcial, e readquirindo os ex-cônjuges o respectivo poder de disposição, na íntegra;

b) cessa a expectativa de direito hereditário entre os ex-cônjuges;

c) o cônjuge responsável pela separação judicial prestará alimentos ao outro, observados os critérios da necessidade, possibilidade e proporcionalidade (Lei n.º 6.515, art. 19), corrigindo-se monetariamente o valor na forma do índice da variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (Lei n.º 6.515, art. 22), podendo o juiz instituir garantia real ou fidejussória para assegurar-se o pagamento dessa pensão (Lei n.º 6.515, art. 21). Preferindo o credor, pode o juiz determinar que a pensão consista no usufruto de determinados bens do obrigado. A obrigação alimentar

Para que se decrete a separação judicial, com base em adultério, não é exigida prova cabal do ato de infidelidade. Basta que indícios veementes, resultantes de prova testemunhal digna de crédito, conduzam à certeza da prática do adultério.

Sentença reformada." (Apel. Cív. n.º 15.631, em 02.09.80 — TJSC.)

do ex-cônjuge é obrigação pecuniária de cunho indenizatório; não é personalíssima, transmitindo-se aos herdeiros do devedor nos limites da herança (Lei n.º 6.515, art. 24). Não se revogou, assim, o art. 402 do Código Civil, pois o campo de atuação da norma jurídica é diverso. O dispositivo do código aplica-se em função do parentesco, enquanto que o do art. 23 da Lei do Divórcio aplica-se a relações jurídicas completamente diversas, dirigindo-se aos ex-cônjuges, que não são parentes. A obrigação alimentar extingue-se com novo casamento do credor (Lei n.º 6.515, art. 29), mas permanece com novo casamento do devedor.

Capítulo IV

A EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA MATRIMONIAL

49. O divórcio. 50. Divórcio com prévia separação judicial. 51. Divórcio sem prévia separação judicial. 52. Efeitos do divórcio.

49. Divórcio é a dissolução judicial de um casamento válido. Difere da separação judicial que extingue apenas a sociedade dos cônjuges.

Com o divórcio termina a sociedade e extingue-se o casamento permitindo-se novo matrimônio, o que não é possível com a separação.

Esta permite aos cônjuges o restabelecimento da sociedade conjugal a qualquer tempo (Lei do Divórcio n.º 6.515, art. 46), enquanto que, com o divórcio, esse restabelecimento exige novo casamento (Lei do Divórcio, art. 33), cujo regime de bens pode ser diverso do anterior.

O direito de se pedir a separação judicial é ilimitado, o que não ocorre com o divórcio, cujo pedido só pode ser feito uma vez (Lei do Divórcio, art. 38).

O divórcio foi introduzido no direito brasileiro com a Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, regulados os casos e a forma em que se admite com a Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Antes dessas disposições o casamento era indissolúvel. Admitia-se apenas o desquite, dissolução da sociedade conjugal com a separação dos corpos do direito canônico (*divortium ad toro et mensa*). Regulavam a matéria os arts. 315 a 324 do Código Civil, revogados pela Lei n.º 6.515/77.

A nova disciplina tem as seguintes características:

a) a via normal para o divórcio é a conversão da separação judicial (Lei do Divórcio, art. 25). Excepcionalmente, para os casais já separados de fato antes da Emenda Constitucional n.º 9, em 28 de junho de 1977, admite-se o divórcio direto;

b) coexistem o antigo desquite, hoje separação judicial, e o divórcio, o que demonstra a preferência do legislador pelo processo de adaptação em vez da simples mudança. Primeiro a separação, depois o divórcio, salvo nos casos excepcionais de divórcio direto;

c) predomina o espírito do divórcio-remédio ou divórcio-falência sobre o divórcio-sanção. O primeiro resulta da constatação de que o matrimônio, com a respectiva sociedade conjugal, não tem mais condições de subsistir, quer por desinteresse dos cônjuges, quer por motivo de doença grave de um deles, na forma que a lei prevê. Não se discute a existência de culpa. Já o divórcio-sanção resulta de uma separação, de direito ou de fato, em que existe violação culposa dos deveres conjugais.

O sistema brasileiro tem, assim, duas vias para o divórcio: a conversão da separação judicial já existente há mais de três anos (divórcio com prévia separação judicial) e, excepcionalmente, o divórcio direto para os casais que já se encontravam separados de fato quando promulgada a Emenda Constitucional n.º 9, completados cinco anos de separação (divórcio sem prévia separação judicial). Esta última hipótese é transitória, pois somente se aplica aos casais separados de fato há mais de cinco anos, com início antes de 28 de junho de 1977. Talvez por isso se discipline nas disposições finais e transitórias da Lei n.º 6.515.

50. O divórcio com prévia separação judicial resulta de uma simples conversão desta naquele.⁶¹

Têm legitimidade para requerer o divórcio apenas os cônjuges.

O pedido pode ser feito por ambos os cônjuges, e teremos a conversão consensual, não prevista na lei mas não proibida, ou apenas por um (Lei do Divórcio, art. 35). Em qualquer hipótese será apensado aos autos da separação judicial. Se extraviados, ou encontrando-se em outra circunscrição judiciária, instrui-se com a certidão da sentença ou da sua averbação no assento de casamento (Lei do Divórcio, art. 47), agindo-se do mesmo modo quando a mulher separada tiver domicílio diverso daquele em que se tiver julgado a separação (Lei do Divórcio, art. 48).

Sendo o pedido assinado por ambos os cônjuges, o procedimento adotado será o dos arts. 1.120 a 1.124 do CPC (interpretando extensivamente o art. 40, § 2.º, da Lei n.º 6.515).

Na petição, os cônjuges mantêm o acordo da separação, se amigável, ou a sentença, se litigiosa, ou estabelecem novas disposições acerca do nome, alimentos, guarda de filhos, etc.

⁶¹ FERNANDO BRANDÃO FERREIRA PINTO. "Causas do Divórcio", Coimbra, Almedina, 1980, pág. 135.

A renúncia aos alimentos, que a Súmula 379 do STF não admite, pode ser feita no pedido da conversão, pois seus efeitos são diversos; com o divórcio deixa de existir o casamento, base da obrigação alimentar.

É dispensável a audiência prévia de conciliação.⁶²

Feito o pedido de conversão por apenas um dos cônjuges, cita-se o outro, que não pode oferecer reconvenção, podendo contestar, alegando somente não ter decorrido, ainda, o prazo de três anos de separação judicial, ou não terem sido cumpridas as obrigações assumidas (na separação consensual) ou impostas (na separação litigiosa). Esse prazo conta-se da data da sentença da separação judicial ou da que concedeu separação cautelar (Lei do Divórcio, art. 25).

Não havendo contestação ou necessidade de prova em audiência, o juiz conhece diretamente do pedido (Lei do Divórcio, artigo 37), convertendo a separação em divórcio, o que não pode ser negado, salvo nas hipóteses já referidas (Lei do Divórcio, art. 36, parág. único). Se improcedente o pedido, pode o autor renová-lo, desde que satisfeitas as condições até então não cumpridas (Lei do Divórcio, art. 37, § 2.º).

51. Numa concessão aos casais já separados de fato em 28 de junho de 1977, desde que completados cinco anos, pode-se promover ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa (Lei do Divórcio, art. 40). É o chamado divórcio direto que dispensa a prévia separação judicial.

A ação direta de divórcio tem duas espécies, a consensual (divórcio consensual) proposta por ambos os cônjuges em conjunto, e a litigiosa (divórcio litigioso) proposta por apenas um. Qualquer delas terá de fundar-se nas mesmas causas dos artigos 4.º e 5.º e §§, da lei do divórcio, isto é, consentimento dos cônjuges, conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum, ruptura da vida conjugal há mais de cinco anos e grave doença mental. Foro competente é a residência da mulher (CPC, art. 100, I), conforme as regras gerais da competência.

O divórcio consensual direto segue as normas dos arts. 1.120 a 1.124 do CPC. A petição indicará os meios de prova da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente. Fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, indicando as garantias para o cumprimento da obrigação assumida. Havendo prova testemunhal, será produzida na

⁶² CAHALI, *op. cit.*, pág. 343.

audiência de ratificação do pedido de divórcio a ser obrigatoriamente realizada. A partilha dos bens deve ser homologada na sentença, não remetida para execução.

É indispensável a audiência preliminar do juiz com os cônjuges (CPC, art. 1.122), assim como a da ratificação do pedido (Lei do Divórcio, art. 40, § 2.º, III).

O divórcio litigioso adota o procedimento ordinário.

Foro competente é o da residência da mulher (CPC, art. 100, I). Admite medidas cautelares preparatórias ou incidentes, e admite reconvenção. Não exige audiência prévia de conciliação dos cônjuges. A sentença é constituída negativa, devendo declarar a causa determinante que é importante quanto aos efeitos do divórcio. A partilha dos bens defere-se ao juiz da execução.

52. Os efeitos do divórcio são *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da sentença.

A lei não sistematiza os efeitos do divórcio, dispondo, no artigo 24, que ele extingue o casamento e os efeitos civis do casamento religioso.

O grande efeito da sentença constitutiva de divórcio é a criação do estado de divorciado, que repercute nas relações jurídicas dos cônjuges. Nas relações pessoais extingue-se vínculo matrimonial, permitindo novo casamento. Cessam todos os deveres matrimoniais; desaparece a possibilidade de direito sucessório entre eles; cada ex-cônjuge passa a ter seu próprio domicílio. Quanto ao nome, aplicam-se as regras estabelecidas para a separação judicial (Lei do Divórcio, arts. 17 e 18), sendo que no divórcio consensual convencionar-se-á a respeito. Casando-se a divorciada, se mantinha o nome do ex-marido pode a ele renunciar.

Nas relações patrimoniais, partilham-se os bens amigável ou judicialmente aplicando-se, se for o caso, o disposto no art. 5.º, § 3.º, da Lei do Divórcio.

Quanto aos alimentos:

a) se o divórcio resulta da conversão de separação consensual, pode-se manter o ajustado anteriormente, ou modificá-lo, podendo a mulher renunciar à pensão; b) se o divórcio resulta da conversão de separação judicial, mantém-se o estabelecido na sentença de separação; c) no divórcio direto consensual a petição fixará o valor da pensão (que é renunciável), indicando as garantias de cumprimento da obrigação assumida (Lei do Divórcio, art. 40, § 2.º, II); d) no divórcio direto litigioso o cônjuge responsável pela separação prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.

Relativamente aos filhos, o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais, assim como novo casamento de qualquer dos

pais também não importará restrições a esses direitos e deveres (Lei do Divórcio, art. 27).

Em face de terceiros, a sentença definitiva de divórcio produz efeitos depois de registrada no registro público competente (Lei do Divórcio, art. 32).

Problema controverso suscita o art. 38, dispondo que “o pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez”. Para uns, tal disposição é simplesmente inconstitucional pois torna o segundo casamento indissolúvel, o que vai de encontro à Constituição que reconhece a dissolubilidade do vínculo.⁶³ Para outros, esse dispositivo visa apenas evitar que alguém possa requerer o divórcio de dois ou mais casamentos consecutivos.⁶⁴

Quanto aos efeitos civis do matrimônio religioso cabe recordar que este só produz tais efeitos se registrado (Lei de Registros Públicos, art. 74). O divórcio não pode afetar o casamento religioso, que permanece válido, somente seus efeitos se extinguem por força daquele.

REPRESENTAÇÃO N.º 1.000 — DF

(Tribunal Pleno)

Relator para o acórdão: o Sr. Ministro MOREIRA ALVES.

Representante: Procurador-Geral da República — Representados: Senhor Presidente da República e Congresso Nacional.

Divórcio. Representação de inconstitucionalidade do art. 38 da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, o qual estabelece que “o pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez”.

— Em face do disposto o § 1.º do art. 175 da Constituição Federal, tem o legislador ordinário liberdade para disciplinar o divórcio a seu talante, respeitada a única restrição imposta pelo próprio texto constitucional: a da prévia separação judicial por mais de três anos.

— Se o preceito legal ordinário restritivo — cada um só se poderá divorciar uma só vez — é geral e igual para todos, inexistente ofensa ao § 1.º do art. 153 da Constituição Federal. Exame da situação de solteiro que se casa com divorciado.

Representação que se julga improcedente.

⁶³ R. LIMONGI FRANÇA, “A Lei do Divórcio comentada e documentada”, S. Paulo, Saraiva, 1978, pág. 140.

⁶⁴ VARELA, *op. cit.*, pág. 123.