

OSWALDO PEREGRINA RODRIGUES

**A FAMÍLIA DECORRENTE DO CASAMENTO E SUA
REPERCUSSÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

DOUTORADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO - 2005

OSWALDO PEREGRINA RODRIGUES

**A FAMÍLIA DECORRENTE DO CASAMENTO E SUA
REPERCUSSÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, sob orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO - 2005**

BANCA EXAMINADORA

“Sim, é como a flor

De água e ar luz e calor, o amor precisa para viver

De emoção, e de alegria, e tem que regar todo dia...”

*(A semente do amor, canção de autoria de
Maurício de Carvalho e Moraes Moreira, cantada
pelo conjunto A Cor do Som).*

*A Maria Sílvia, com quem, pelo casamento, constituí a
nossa família, na qual nasceu a Giovana, fruto de um
grande amor. A vocês dedico integralmente este
trabalho acadêmico, pois sem os seus apoios,
paciência, compreensão e torcida, ele seria um mero
sonho.*

Que Deus continue a iluminá-las!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, a todos os meus mestres, desde os que me alfabetizaram, no então ensino primário, até aos da pós-graduação (especialização, mestrado e doutoramento), pelas dedicações, apreços e conhecimentos transmitidos no exercício de seus misteres, os quais contribuíram sobremaneira para a conclusão deste trabalho; sem eles, minha dedicação, por si só, seria infrutífera.

Insigne e especial agradecimento externo ao Professor Doutor Francisco José Cahali, agora meu orientador oficial, mas que, desde a fase em que cursei os créditos do mestrado, sempre me incentivou em sala de aula com seus conhecimentos doutrinários, e fora dela com suas experiências pessoais e profissionais, indicando o adequado caminho a ser percorrido e convencendo-me da nova ótica interpretativa empreendida ao direito de família e das sucessões. Na fase do doutoramento, como formal e efetivo orientador, o que muito me orgulha, reforçou e aprimorou seus incentivos, instruções e, com muita paciência, compreensão e peculiar interesse, apresentou-me suas posições e opiniões temáticas como diretrizes à pesquisa e desenvolvimento das idéias transcritas neste trabalho, pondo-se à disposição, a todo tempo, para debater os pensamentos surgidos, aclarando sempre as dúvidas reinantes. Obrigado, sinceramente!

Aos meus familiares, Maria Sílvia e Giovana, a dedicatória deste trabalho é a mínima retribuição pelo carinho, respeito e amor; aos meus pais Maria Carmen e Oswaldo, agradeço os seus amor, atenção e dedicação à minha criação, educação e instrução; a todos, e ainda aos meus sogros Maria Luiza e João Francisco, minha irmã Tânia, Samir e Ana Cristina, meus cunhados, minha gratidão até por compreenderem os motivos de nossas ausências físicas durante esses anos. Infindáveis obrigados!

Agradeço, pelas traduções pertinentes, a Isa Gabriela e, sem distinção, a todos os funcionários das Bibliotecas do Ministério Público do Estado de São Paulo, sempre solícitos, ágeis e dispostos a auxiliar-me na busca e pesquisa de livros, textos, julgados, enfim, de todo o material necessário para consubstanciar minha escrita.

Aproveito, outrossim, para agradecer a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, colaboraram e torceram para que este trabalho fosse concluído, e que, por desídia minha, deixaram de ser nomenclaturadas.

A todos, muito obrigado, e que Deus os abençoe!

RESUMO

Trata-se de tese apresentada como requisito parcial para obter o título de doutor, perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), na área de Direito Civil, intitulada *A família decorrente do casamento e sua repercussão no Código Civil de 2002*. Esclareça-se, desde logo, que o objetivo do texto é demonstrar a atual composição da família brasileira, em que a constituída pelo matrimônio é uma das suas básicas formações, com a conseqüente visualização dos efeitos jurídicos dessa família, que se poderia intitular de matrimonial ou conjugal, no livro de Direito de Família, que é o Livro IV da Parte Especial, da Lei Civil de 2002. Para satisfazer esse desiderato, depois de discorrer, em rápidas palavras, sobre a história dessa novel legislação brasileira, faz a análise dos princípios e diretrizes que a orientam, com imprescindível enfoque aos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, fundamentos constitucionais que hão de imperar na interpretação do direito positivo e das principais inovações encartadas nesse Livro de Família. Em seqüência adentra ao estudo da família como instituição, com prévia passagem por suas mutações sociais e legislativas, estas em âmbito infra e constitucional, com o fito de definir qual a hodierna composição da família brasileira. Em momento algum, contudo, olvida do império constitucional de que a família sempre foi, é e será a base sólida da sociedade brasileira; aliás, esse é um dos fundamentos deste trabalho, ratificar a concepção estrutural da família, mormente e inclusive a constituída por uma relação matrimonial. Procura demonstrar, outrossim, que o corte epistemológico na família brasileira, na seara jurídico-legislativa, ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, marco que transformou a concepção tradicional para a contemporânea da integração familiar. Com essas digressões, sufraga os elementos essenciais para o sinóptico hodierno da formação da família no Brasil, com apresentação de suas atuais características e finalidades. O casamento é analisado, mormente com enfoque em seu conceito, natureza jurídica e contexto no Código Civil brasileiro de 2002 – com breve e antecedente transcurso pelas legislações brasileiras revogadas, assim como no direito romano, canônico e estrangeiro –, haja vista que o fulcro desta obra, como se mencionou, é a família constituída pelo vínculo matrimonial e suas conseqüências jurídicas no Direito de Família da norma civil vigente. No exame do instituto matrimonial, tem como parâmetro os requisitos que atualmente embasam sua constituição, quais sejam o carinho, o afeto, a cumplicidade, ou, em resumo, o amor mútuo entre um homem e uma mulher, com a precípua finalidade de constituir uma família, ainda que prole nenhuma venha a ser gerada. Em face dessas conotações, infere que o intuito do legislador foi priorizar a instituição familiar, mesmo que para isso fosse necessária a desconsideração de formalidades de habilitação ou celebração do ato nupcial, igual norte exegético que merece ser observado e seguido pelo aplicador do direito; entre o cumprimento de regras legislativas e a formação familiar, sob o enfoque sistemático, há de imperar esta em prejuízo daquelas, salvo em situações de completa nulidade do ato, sem olvidar a temporária eficácia pelo reconhecimento do casamento putativo. Ao encerrar o estudo do matrimônio, houve por bem discorrer sobre as causas que resultam em sua dissolução, as quais dissipam o ato conjugal, no entanto, em certas e determinadas situações mantêm a família, qual seja, a família monoparental.

ABSTRACT

This thesis is presented as a partial requirement to obtain doctor's title, at the Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), in the area of Civil Law, entitled *The family due to the marriage and its repercussion in the Civil Code of 2002*. The objective of this text is to demonstrate the current composition of the Brazilian family, which is constituted by the marriage in one of its basic formations, with the consequent visualization of the juridical effects on it, that could be entitled of matrimonial or married, in the part of Right of Family, that is the Section IV of the Special Part, of the Civil Law Code of 2002. To satisfy that desideratum, after writes, in fast words, on the history of this new Brazilian legislation, it makes the analysis of the beginnings and guidelines that guide it, with an indispensable focus to the principles of the human person's dignity and of citizenship, that is the base constitutional that must reign in the interpretation of the positive right, and of the main innovations brought in that Right of Family. In sequence it goes into to the study of the Family, as institution, with previous passage for its social and legislative mutations, these in ambit infra and constitutional, with the finality of defining the composition of the Brazilian family nowadays. However in any moment it doubts of the constitutional base that the family was always and will be the solid base of the Brazilian society; in fact, that is one of the foundations of this work, to ratify the structural conception of the family as well the constituted by a matrimonial relationship. It also tries to demonstrate that the epistemology court in the Brazilian family, in the field of juridical-legislative, happened with the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and that is the mark that transformed the traditional conception for the contemporary of the family integration. With those digressions, took of the essential elements for the modern synoptic formation of the family in Brazil, with presentation of its current characteristics and purposes. The marriage is analyzed with the main focus in its concept, juridical nature and context in the Brazilian Civil Code of 2002 – with a brief and antecedent course for the revoked Brazilian legislations, as well as in the Roman, canonical right and foreigner –, have seen that the fulcrum of this work is the family constituted by the matrimonial entail and its juridical consequences in the Right of Family of the effective civil norm. In the exam of the matrimonial institute it had as parameter the requirements that base its constitution, which are tenderness, affection, complicity, or, in summary, the mutual love between a man and a woman, with the essential purpose of constituting a family, although offspring none comes to be generated. In face of those connotations, it is inferred that the legislator priori was to prioritize the family institution, even if for that it was necessary the disregard of formalities or celebration of the nuptial act, interpretative north equal that deserves to be observed and proceeded by the worker of the right; between the execution of legislative rules and the family formation, under the systematic focus, this must reign in damage of those, except for in situations of complete nullity of the act, without doubting the temporary effectiveness for the recognition of the putative marriage. When containing the study of the marriage, there was been for well writes on the causes that result in its breakup, which dissipates the married act, however, in certain and certain situations they maintain the family, which is, the monoparental family.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002	15
1.1 Histórico legislativo	17
1.2 Diretrizes e princípios jurídicos	23
1.3 Inovações pertinentes	34
1.3.1 Partes geral e especial	36
1.3.2 Direito de família	41
2 OS FUNDAMENTOS DA CIDADANIA E DIGNIDADE	51
2.1 Fundamentos constitucionais	53
2.2 A cidadania	58
2.3 A dignidade da pessoa humana	61
3 A FAMÍLIA: DIREITO, COMPOSIÇÃO E CARACTERÍSTICAS	76
3.1 Conotação histórica.....	83
3.2 Código Civil de 1916	91
3.3 Legislação especial	94
3.4 Código Civil de 2002	102
3.5 Constituições do Brasil	104
3.6 Definição e composição	108
3.7 União homoafetiva	125
3.8 Características contemporâneas	137

4 O CASAMENTO	160
4.1 Definição e finalidades.....	163
4.2 Natureza jurídica	178
4.3 Igualdade entre os cônjuges	187
4.4 O casamento civil e o religioso	192
4.5 Do processo de habilitação ao casamento.....	198
4.6 Da capacidade, impedimentos e causas suspensivas do matrimônio.....	203
4.7 A celebração do casamento.....	217
4.8 O casamento nuncupativo	223
4.9 O registro do casamento.....	226
4.10 Da presunção de paternidade	229
4.11 Dissolução da sociedade conjugal e do casamento	232
4.11.1 Histórico legislativo	234
4.11.2 O óbito.....	237
4.11.3 As nulidades matrimoniais.....	246
4.11.4 A separação judicial.....	270
4.11.5 O divórcio	286
 CONCLUSÃO	 295
 BIBLIOGRAFIA	 305

INTRODUÇÃO

Nesta tese, retrata-se a família constituída pelo matrimônio e seus principais efeitos na Lei Civil brasileira em vigência, com enfoque primordial e proeminente, senão exclusivo, no seu Livro IV da Parte Especial, ou seja, especificamente no direito de família, naquilo que concerne ao matrimônio e à família por ele formada.

A eleição do tema é ponto de realce neste intróito, ante a aparente ortodoxia ou exacerbado conservadorismo, que deixam de refletir a sua real intenção, fulcrada que está na demonstração de que a família formada pelo casamento permanece como base sólida e eficaz da sociedade brasileira, nada obstante a possibilidade de ser ela constituída por outros vínculos; demais disso, constituída essa família matrimonial ou conjugal, hão de ser analisados os seus peculiares efeitos fáticos e jurídicos vinculados à relação família e casamento; e, por derradeiro, em eventual conflito entre esses institutos, desvendar qual a opção empreendida pelo legislador e pelo exegeta do direito.

Com fundamento nesses pressupostos é que se analisará a família constituída pelo matrimônio no Código vigente, cujas normas serão interpretadas, como sói acontecer, consoante o império constitucional reinante, marco histórico que é para a família brasileira, inclusive para a decorrente do casamento.

Para essa interpretação, far-se-á uma narrativa, mesmo que breve, sobre o histórico do denominado novo Código Civil, o que é imprescindível, com análise de suas diretrizes, princípios jurídicos fundamentais e, de modo panorâmico, das reluzentes e pertinentes alterações perpetradas por essa novel legislação no direito civil brasileiro contemporâneo.

Acolhido como indiscutível o império das regras e normas constitucionais na interpretação do direito infraconstitucional, de sorte que os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, que são fundamentos da República Federativa do Brasil, estampados no artigo 1º, incisos II e III da Constituição republicana, promulgada em 5 de outubro de 1988 – a denominada Constituição cidadã ou democrática –, são seus principais, senão essenciais e indispensáveis, parâmetros, reais balizadores e vetores ao

intérprete e aplicador do direito, haja vista que, antes de qualquer referência, há de se ater à garantia da cidadania e à preservação da dignidade da pessoa humana.

Realizadas essas excursões preambulares, há que se embrenhar pelo campo da instituição familiar, com enfoque em suas noções históricas, em seara social e jurídica, para que se possa extrair ilações concretas da mutação sucedida na família brasileira, mormente em sua definição, composição e constituição; nesse ponto, imprescindível a atenta leitura das mudanças operadas nas legislações brasileiras, em campo infra – normas codificadas e esparsas – e constitucional.

Com esses elementos, ter-se-á condições de aquilatar as contemporâneas definição, composição e, inclusive, características da família brasileira, sem escamotear, muito ao contrário, tendo sempre como princípio de interpretação, e sobretudo direcionador, que a família é a base da sociedade, elemento de sustentação da comunidade, seu início de vivência, meio de apoio cotidiano e finalidade a ser atingida, pois toda pessoa nasce em uma família, nela encontra seu porto seguro e sonha em constituir seu próprio núcleo familiar.

Nessa definição e composição hodierna da família, sobretudo da brasileira, impostergável é o enfoque doutrinário e jurisprudencial sobre o vínculo estabelecido entre pessoas do mesmo sexo, a denominada união homoafetiva, ante a relevância do tema e a repercussão jurídica e social que desponta ultimamente.

Verificar-se-á que a acolhida no direito brasileiro, em âmbito legislativo, das transformações sociais da relação familiar ocorreu com a edição da Carta da República de 1988, e não com o Código Civil vigente, pois este, em nível infraconstitucional, agasalhou os princípios impostos por aquela; destarte, a dicotomia entre a família de ontem e a da atualidade, em ponto normativo, nasceu com a promulgação daquela Lei Magna, esta sim o momento histórico-legislativo da nova família brasileira.

O casamento, cuja definição, finalidades e natureza jurídica serão devidamente apreciadas, é um dos institutos que constituem a família brasileira moderna, sendo sua forma tradicional e atual, consoante as regras estatuídas na Lei Civil. Em sendo o tema central deste trabalho o estudo da família que dele decorre, aquela que se poderia

denominar de família matrimonial ou conjugal, é essencial o discurso sobre os efeitos que essa relação familiar ressoa no Código Civil de 2002, com peculiar e até mesmo exclusiva atenção ao direito de família e matrimonial nele encartado.

Em face das mutações sociais e legislativas operadas, há que se averiguar as atuais concepções e interpretações da própria constituição do matrimônio, ou seja, os fatores que desencadeiam a necessidade de um homem e uma mulher se unirem legalmente pelos laços nupciais, tendo em conta que a união fora do casamento também constitui uma família.

Tendo por escopo a formação de uma nova família, essas pessoas unem-se para a completude de seus objetivos pessoais, entrelaçando-os para o bem-estar do núcleo familiar estabelecido, cuja base de sustentação é o afeto, o carinho, a cumplicidade, o respeito, enfim, sintetizando, o amor recíproco entre esse homem e sua mulher, centrado na incessante preservação da felicidade pessoal e familiar.

Em face desses preceitos afetuosos que reinam, ao focalizar as normas codificadas, imprescindível é a extração, com especial ótica nas diretrizes interpretativas histórica, autêntica e sistemática, da verdadeira intenção do legislador, mormente quando se depara com um conflito entre a inobservância de regras sacramentais constitutivas do casamento e a relação familiar que se originou, isto é, o que merece prevalecer, a invalidade matrimonial ou a família que se constituiu.

Demonstrar-se-á que, reinando os sobreditos vetores afetivos, ante os princípios fundamentais descritos (cidadania e dignidade), imperará o vínculo familiar, sobrelevando-se requisitos, até mesmo essenciais, do próprio casamento; destarte, em regra, entre a família e o matrimônio, prevalece a interpretação que prime pela manutenção da família.

Nessa análise hermenêutica, mesmo quando a opção inexorável é pela nulidade do casamento, faz-se presente a figura do casamento putativo, garantia e proteção da pessoa que agiu com extrema boa-fé.

Por outra ótica, ausentes os elementos de afeto e amor, justificativas plausíveis inexistem para a manutenção do relacionamento familiar.

Com efeito, a pretensão neste trabalho é demonstrar que a família ainda é, sim, constituída pelo casamento, sendo aliás essa uma de suas formas principais, mantendo-se como base sólida de toda a sociedade; todavia, esse vínculo matrimonial se sustenta hodiernamente em novos parâmetros, eminentemente afetivos e amorosos, os quais, amparados pelos princípios constitucionais de cidadania e dignidade da pessoa humana, sustentam a exegese da família brasileira contemporânea.

O ponto central é a família e o casamento que a constitui, com as repercussões legais no Código Civil de 2002, no livro de Direito de Família, dos aspectos de intersecção entre uma e outro, sempre monitorado pelos preceitos e princípios acima descritos: afeto, amor, cidadania e dignidade.

Esse o lema que se pretende demonstrar entre família e casamento.

Obtempera-se que, no discurso dos efeitos legais que esses preceitos repercutem no casamento, serão abordados os aspectos matrimoniais com relevância ímpar e primordial relativos à formação da família, de sorte que, em momento algum, se terá a pretensão de esgotar todo temário inerente ao casamento; procurar-se-á sim analisar os pontos fundamentais da interligação entre a família que decorre do casamento e, com isso, os requisitos deste que tenham vinculação com aquela.

Para rematar o discurso sobre a família no casamento, ainda que *en passant*, há que se enveredar pela narrativa das causas que resultam no término da sociedade conjugal, sendo certo que, muita vez, há a dissolução da sociedade conjugal e, até mesmo, do casamento, mas a família dele decorrente mantém-se íntegra, ainda que sob outra definição compositiva, por exemplo, a família monoparental. Para elucidar, utilizar-se-ão projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

Por derradeiro, neste intróito, para que dúvidas não parem, há que se destacar que as referências à legislação civil brasileira revogada serão indicadas por Código Civil de 1916 (Código Civil/1916 ou CC/1916), enquanto às da em vigência por Código Civil de 2002 (Código Civil/2002 ou CC/2002 ou novo Código Civil), ou seja, sempre se fará a devida e expressa indicação a qual norma legislativa se trata (1916 ou 2002), e não simplesmente Código Civil sem qualquer adjetivo ânuo. Se o ano da codificação estiver ausente, explicitar-se-á se a legislação referida é a em vigência ou a revogada. O rótulo Código Civil, destarte, sempre estará qualificado.

1 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

O atual Código Civil brasileiro foi instituído pela Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, uma vez que sua *vacatio legis* foi de um ano, consoante disciplina seu artigo 2.044.¹

Na mesma data, o Código Civil de 1916² perdeu sua vigência, pois foi expressamente revogado pelo artigo 2.045 da Lei de 2002.³

Conquanto revogada, a Legislação de 1916 continua a reger os atos jurídicos perpetrados durante sua vida no mundo do direito, e por muitos anos isso se protelará, como se verifica no direito das sucessões, ante o que dispõe o artigo 1.787 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo

¹ Em 19 de novembro de 2002, o Deputado Federal Luiz Antônio Fleury Filho apresentou o Projeto de Lei n. 7.347, pretendendo alterar a redação desse artigo 2.044, para que a vigência do Código Civil de 2002 iniciasse em 10 de janeiro de 2004; todavia, esse projeto não teve tempo hábil para ser analisado pela Câmara Federal.

² A Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1917, trouxe ao mundo jurídico o primeiro Código Civil brasileiro, cujo anteprojeto fora elaborado por Clóvis Beviláqua, no exíguo lapso temporal de abril a outubro de 1899, consoante atestado pelo próprio autor, convidado que fora por Epitácio da Silva Pessoa, então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, com o referendo do Presidente da República Manuel Ferraz de Campos Sales (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 22-23). Antes desse anteprojeto, em 1858, Augusto Teixeira de Freitas elaborou a Consolidação das Leis Civis, contratado que fora em 15 de fevereiro de 1855 por José Tomás Nabuco de Araújo, então Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça. Já em 10 de janeiro de 1859, foi contratado para confeccionar o Projeto de Código Civil, pacto que acabou rescindido, resultando na publicação do conhecido *Esboço de Teixeira de Freitas* (Sílvia Meira, *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*, p. 94 e 185). Notícia Ernesto Rodrigues que esse projeto foi “paradigma aos demais Códigos sul-americanos, particularmente aos do Uruguai, de 1868, e da Argentina, de 1869, vigente também no Paraguai” (*A história do Código Civil*, p. 450), enquanto Orlando Gomes enfoca o consenso dos doutrinadores civilistas: “A obra excedeu a toda expectativa, constituindo marco decisivo na evolução do direito civil brasileiro” (*Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 12). Nabuco de Araújo, em seguida, começou a feitura de seu projeto, todavia faleceu em 1878, ainda incompleto, com conhecidos cerca de 300 artigos. Joaquim Felício dos Santos, em 1881, e Antônio Coelho Rodrigues, em 1890, apresentam seus respectivos Projetos de Código Civil, os quais não prosperaram (Arnoldo Wald, *Direito civil: introdução e parte geral*, p. 64-65). Sintetiza Milton Duarte Segurado que foram três projetos durante o Império e dois na fase da República, no entanto, “houve um outro sexto projeto, não-oficial, inacabado, para um Código de Direito Privado (1911), do comercialista Inglês de Souza (paraense)” (*Pequena história do direito brasileiro*, p. 71-72).

³ Até o Código Civil de 1916, o direito civil brasileiro era regido pelas normas portuguesas, tanto que, com a vigência daquele, revogaram-se as Ordenações Filipinas, de 11 de janeiro 1603, do Rei Filipe II de Espanha e I de Portugal, cujo Livro IV tratava das normas civis (Milton Duarte Segurado, *Pequena história do direito brasileiro*, p. 10). Com efeito, vigeram no Brasil por 314 anos as Ordenações Filipinas, enquanto em Portugal perderam validade jurídica com a edição do Código Civil em 1867, destarte, “tiveram vida mais longa e influência mais decisiva no Brasil” (Orlando Gomes. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 8-9). Não obstante a longevidade das Ordenações do Reino, a Constituição Imperial de 1824 determinara em seu artigo 179, item 18: “Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade”, cumprido somente em 1917.

da abertura daquela”, com semelhante teor ao artigo 1.577 do Código Civil de 1916. Como em ambas legislações a abertura da sucessão se dá com a morte do autor da herança, estampa o artigo 2.041 do Código Civil vigente, *in verbis*: “As disposições deste Código relativas à ordem de vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916).”

No campo de direito de família, também há situação jurídica exemplificativa dessa prevalência da Legislação Civil de 1916, consoante impõe o artigo 2.039 do Código Civil de 2002: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”, cuja interpretação doutrinária e jurisprudencial merecem análise detida em estudo apropriado, valendo, neste tópico, ressaltar que debatem os juristas acerca da aplicabilidade desse texto legal aos matrimônios celebrados na vigência do Código Civil de 1916.

Francisco José Cahali, ao atualizar os estudos de direito de família de Sílvia Rodrigues, acrescenta: “Também, e excepcionalmente, em algumas questões específicas, como repercussão patrimonial da união estável, adoção e verificação de impedimentos matrimoniais, para as situações já consumadas, afasta-se a retroatividade da norma, de tal sorte que, quando adequado, far-se-á referência à legislação revogada não apenas como histórico, mas como direito então aplicável cujos efeitos se prolongam no tempo.”⁴

De toda sorte, nesta ocasião, o que merece ser ressaltado é a aplicabilidade da Lei Civil de 1916, mesmo após viger a de 2002, ou seja, a eficácia residual da legislação revogada.

Acrescente-se que a aplicação da Lei de 1916 será extensiva ao intérprete da novel Norma Civil, como interpretação histórica, consoante prefacia Miguel Reale, ao louvar o estudo comparativo dos dois Códigos, uma vez que “torna possível o aproveitamento do valioso cabedal de doutrina e de jurisprudência por este [Código Civil de 1916] acumulado durante oitenta e cinco anos de vigência”⁵, no que é referendado por Cláudio de Cicco⁶,

⁴ Sílvia Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 16.

⁵ Miguel Reale, *Novo Código Civil brasileiro: estudo comparativo com o Código Civil de 1916*, p. 7.

⁶ Cláudio de Cicco, *Interpretação histórica para as lacunas do novo Código Civil de 2002*, p. 161.

sobretudo em situações fáticas e jurídicas até então presentes, mas ausentes na Lei vigente, com escopo daquela servir de base para suprir a lacuna desta.⁷

Alguns aspectos alusivos ao Código Civil de 2002 hão que se destacar, ou seja, narrativas, mesmo que em rápidas tintas, sobre sua história, as diretrizes que nortearam a elaboração do anteprojeto, os princípios jurídicos que o fundamentam e suas principais inovações, mormente na seara do direito de família, do qual a família e o casamento são institutos jurídicos que o compõem.

1.1 Histórico legislativo

Faz-se mister uma apresentação, mesmo que sucinta, do retrospecto histórico do Código Civil brasileiro de 2002, sancionado em 10 de janeiro de 2002, pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, no 181º ano da Independência do Brasil e 114º da Proclamação da República.

Antes da elaboração do anteprojeto de lei que sufragou o Código Civil de 2002, ilustres juristas assumiram o encargo de reformular a Codificação Civil de 1916⁸, sendo certo que Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, em 1941, publicaram o Anteprojeto de Código de Obrigações, “visando unificar o direito das obrigações, não recebendo tal iniciativa o apoio necessário da classe jurídica”, como alerta Francisco Amaral⁹, tornando-se natimorto.

Em face disso, e com a evolução social brasileira, imprescindível a revisão das normas jurídicas de direito civil, donde, em 1961, Orlando Gomes foi convidado a redigir

⁷ Eduardo de Oliveira Leite acrescenta que o Código Civil revogado é ainda típica fonte formal do direito de família, ao qual se somam as normas legais ordinárias e o vigente Texto Civil; enquanto como fontes históricas relaciona o direito canônico e o lusitano (*Direito civil aplicado*: direito de família, v. 5, p. 27).

⁸ Aduz Eroulths Cortiano Júnior, ao discorrer sobre a reforma do direito civil, que o Código Civil de 1916, “em que pese ter sido uma codificação tecnicamente bem elaborada – mesmo porque teve como base os dois grandes códigos mundiais, o Napoleônico e o BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Eduardo de Oliveira Leite, *A monografia jurídica*, p. 233) –, veio à luz num momento de grandes transformações sociais e políticas. A sua bem elaborada técnica permitiu que sobrevivesse até nossos dias, mas sempre esteve em processo de revisão geral. Não bastassem as transformações que sofreu pela edição de leis especiais, pelo menos três tentativas de reforma se fizeram”, a primeira delas na década de 40, depois na de 60 e, finalmente, em 1969 (O direito de família no projeto do Código Civil, p. 232-233).

⁹ Francisco Amaral, *Direito civil*: introdução, p. 133.

o Anteprojeto de Código Civil – contendo as matérias relacionadas ao direito de família, das sucessões e aos direitos reais –, enquanto Caio Mário da Silva Pereira elaboraria o Código das Obrigações.

Em comissão constituída pelo próprio Orlando Gomes, por Orozimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira, o trabalho daquele foi transformado em Projeto de Código Civil; enquanto isso, o Anteprojeto de Código das Obrigações foi referendado como Projeto por comissão composta por seu autor “e ainda por Orozimbo Nonato, Theóphilo de Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros”¹⁰, ambos no ano de 1965.¹¹

Sobre esses projetos, Caio Mário da Silva Pereira relatou que o de Código Civil foi encaminhado ao Poder Executivo em 31 de março de 1963, com 963 artigos, e o de Código das Obrigações, em 25 de dezembro do mesmo ano, contendo 952 artigos.¹²

Mais adiante esclarece que, encaminhados ao Congresso Nacional, “o Governo os retirou, ao invés de enfrentar as críticas, que, obviamente, haveriam de surgir. Não se consegue cumprir uma reforma de profundidade sem contrariar opiniões, sem vencer resistências, sem afrontar, mesmo, a força da inércia, que prefere o comodismo da rotina à visão dos novos horizontes”.¹³ E, para arrematar, glorificava Sílvio Rodrigues: “Tais projetos não só honram seus autores, como também dignificam a cultura jurídica brasileira”.¹⁴

Depois dessas frustradas tentativas de formular uma nova codificação civil para o direito brasileiro, o então Presidente da República Arthur da Costa e Silva constituiu, em 23 de maio de 1969, uma comissão para elaborar um Anteprojeto de Código Civil, convidada que fora, antecipadamente, por seu Ministro da Justiça Luiz Antônio da Gama e Silva¹⁵, composta pelos seguintes juristas: Miguel Reale, seu coordenador-geral e supervisor, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes,

¹⁰ Francisco Amaral, *Direito civil*: introdução, p. 133.

¹¹ Sílvio Rodrigues, *Direito civil*: parte geral, v. 1, p. 13.

¹² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil, v. 1, p. 58.

¹³ *Ibidem*, p. 59.

¹⁴ Sílvio Rodrigues, *ob. cit.*, v. 1, p. 13.

¹⁵ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil, v. 1, p. 51.

Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, incumbidos, respectivamente, do relatório da Parte Geral, do Direito das Obrigações, do de Empresa, das Coisas, do Direito de Família e das Sucessões, que adimpliram seus encargos sem qualquer retribuição monetária.¹⁶

Em 1975, o Presidente da República Ernesto Geisel, pela Mensagem n. 160/75, apresentou ao Congresso Nacional a redação final do que passou a ser rotulado Projeto de Lei n. 634¹⁷. Essa mensagem foi lida no plenário da Câmara dos Deputados em 11 de junho de 1975 “e, no dia 23 do mesmo mês e ano, foi designada a primeira Comissão Especial para dar parecer ao Projeto”.¹⁸

Esclarece Miguel Reale que, antes dessa redação definitiva de 1975, outras três foram elaboradas, nos anos de 1972 – essa, entregue em 23 de maio, exatamente três anos depois da constituição da Comissão, foi encaminhada ao então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid¹⁹ –, 1973 e 1974, todas publicadas no *Diário Oficial da União*, para conhecimento geral e irrestrito. E complementa que essa comissão era, em verdade, uma “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, pois pretendia, o quanto possível, aproveitar as diretrizes básicas do Código Civil de 1916.²⁰

Exposto a toda a comunidade jurídica, e até à sociedade leiga, “depois de alguns anos de debates na Câmara dos Deputados, a matéria foi aprovada e transformada no Projeto de Lei n. 634-B, conforme publicação no *Diário do Congresso Nacional* de 17 de maio de 1984 (Suplemento ao n. 47)”, consoante historiou Sílvia Rodrigues²¹. Relata Ricardo Rodrigues Gama que, discutido no plenário em 16 de novembro de 1983, o projeto foi aprovado em sessão do dia 16 de junho de 1984²². Nessa fase, foram apresentadas cerca de 1.100 emendas ao projeto, cujo relatório foi atribuído ao Deputado Ernani Satyro.²³

¹⁶ Ressalta Miguel Reale que, “em termos monetários, de [o Anteprojeto do Código Civil de 2002] nada custou ao erário. Ao contrário de todos os anteprojetos anteriores, precedidos de contratos de honorários profissionais (...) aceitamos gratuitamente a alta incumbência, considerando-a um dever cívico” (*Estudos preliminares do Código Civil*, p. 39).

¹⁷ Sílvia Rodrigues, *Direito civil: parte geral*, v. 1, p. 14.

¹⁸ Ricardo Rodrigues Gama, *Algumas considerações sobre o novo Código Civil brasileiro*, p. 20.

¹⁹ ANTEPROJETO do Código Civil, p. XXI.

²⁰ Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*, p. 10.

²¹ Sílvia Rodrigues, ob. cit., p. 14.

²² Ricardo Rodrigues Gama, ob. cit., p. 20.

²³ Miguel Reale, *Estudos preliminares do Código Civil*, p. 23.

Encaminhado ao Senado Federal, recebeu o rótulo de Projeto de Lei da Câmara n. 118/84²⁴ e, em 1991, constituída nova Comissão Especial, sob a presidência do Senador Ronaldo Cunha Lima, nela é aprovado em 13 de novembro de 1997 e, no plenário, tendo como relator-geral final o Senador Josaphat Marinho, é aprovado em 26 de novembro do mesmo ano.²⁵

Regina Beatriz Tavares da Silva, ao atualizar a obra de Washington de Barros Monteiro, esclarece que, no Senado, esse Projeto de Lei foi arquivado, e por isso, somente em 1991 constituiu-se outra Comissão para o apreciar, quando então houve a nomeação do Senador Josaphat Marinho para o cargo de relator-geral.²⁶

Em seu pronunciamento, o Senador Josaphat Marinho relata o seguinte: “Ao ingressar nesta Casa, o projeto recebeu 360 emendas, em 1984. Reaberto o prazo para emendas, em 1985, porque até então, em verdade, não tivera tramitação o projeto, foram-lhe apresentadas mais seis emendas, de autoria do nobre Senador, nosso colega, Lúcio Alcântara. Este projeto, com tais emendas, a que o Relator acrescentou 127, é que foi presente à Comissão Especial destinada a examiná-lo.”²⁷

Publicada a redação final aprovada, no *Diário Oficial da União* de 11 de dezembro de 1997, o projeto de lei, por mandamento legal, retornou à Câmara dos Deputados, a fim de que fossem apreciadas as emendas aprovadas no Senado, num total de 332, cujo relator-geral foi o Deputado Ricardo Fiuza.

Afora a análise dessas emendas, fazia-se mister revisar todo o projeto de lei, uma vez que, desde a apresentação do anteprojeto final, em 1975, várias leis especiais deram novas roupagens jurídicas a institutos jurídicos nele contidos; ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, vários dispositivos civis passaram a merecer a devida atualização constitucional.

²⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*, v. 1, p. 59.

²⁵ Ricardo Rodrigues Gama, *Algumas considerações sobre o novo Código Civil brasileiro*, p. 20.

²⁶ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 13.

²⁷ CÓDIGO Civil: Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984 – Redação Final, p. 21. Dessas emendas apresentadas no Senado Federal, 140 se relacionavam ao Livro de Direito de Família, segundo comentários de Regina Beatriz Tavares da Silva em atualização à obra de Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 13).

Para que fosse exeqüível essa revisão, houve alteração no Regimento Comum do Congresso Nacional, por intermédio da Resolução n. 1/2000, com o que “o Relatório da Câmara dos Deputados contendo aquelas adequações foi encaminhado ao Senado Federal, onde foi submetido à respectiva Comissão de Constituição e Justiça, que ofereceu parecer votado e aprovado pelo Plenário do Senado”.²⁸

Em sessão plenária de 15 de agosto de 2001, por votação unânime, o Projeto de Código Civil foi aprovado na Câmara dos Deputados, precisamente “às dezessete horas e cinquenta e cinco minutos”²⁹. Em 10 de janeiro de 2002, o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso sufragou a Lei Federal n. 10.406/2002, que instituiu o Código Civil brasileiro.

Tramitam na Câmara dos Deputados alguns projetos que visam a modificação de dispositivos do Código Civil vigente, todavia merece realce o Projeto de Lei n. 6.960, de 12 de junho de 2002, apresentado pelo Deputado Federal Ricardo Fiuza, com o fito de alterar cento e oitenta e oito artigos do Código Civil de 2002, sendo cinquenta deles do Livro de Direito de Família³⁰, com a expressa derrogação e ab-rogação de leis especiais alusivas a esse ramo do direito, consoante nova redação a ser dada ao seu artigo 2.045³¹. Aliás, a intenção primária era a votação e aprovação desse projeto antes mesmo da vigência do Código Civil atual, ou seja, no curso de sua *vacatio legis* – que foi de um ano, nos termos do artigo 2.044 do Código vigente – fato que não se concretizou.³²

Em setembro de 2002, entre os dias 11 e 13, realizou-se a Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a

²⁸ Regina Beatriz Tavares da Silva em atualização à obra de Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 15).

²⁹ Ricardo Rodrigues Gama, *Algumas considerações sobre o novo Código Civil brasileiro*, p. 20.

³⁰ “Este fato – *proposta de alteração em aproximadamente 20% da codificação aprovada* – fala por si só quanto à fragilidade do novo texto”, ressalta Francisco José Cahali em atualização à obra de Sílvia Rodrigues (*Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 16).

³¹ “Artigo 2.045 - Revogam-se a Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil; a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850; as Leis n. 4.121, de 27.8.1962; 8.560, de 1992; 8.971, de 29.12.1994 e 9.278, de 10.5.1996; o Decreto n. 3.708 de 1919; e ainda os artigos 1º a 27 da Lei n. 4.591, de 16.12.1964, os artigos 71 a 75 da Lei n. 6.015, de 31.12.1973; os artigos 1º a 33, artigo 43, artigo 44, artigo 46, da Lei n. 6.515, de 26.12.1977; os artigos 39 a 52 da Lei n. 8.069, de 13.7.1990.”

³² Regina Beatriz Tavares da Silva em atualização à obra de Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 16).

coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, na qual foram editados diversos enunciados hermenêuticos e de modificação do Código Civil atual, os quais, em momento apropriado, serão mencionados. Destaque-se que a Comissão de Direito de Família e das Sucessões foi presidida por Gustavo Tepedino, enquanto Luiz Edson Fachin foi o seu relator.

Entre 1º e 3 de dezembro de 2004, foi realizada a III Jornada de Direito Civil, pelo mesmo Centro de Estudos e sob igual coordenação, com a edição de novos enunciados, alguns até revogando outros da primeira Jornada, os quais oportunamente serão transcritos. Anote-se que, nessa III Jornada, ocupou a presidência da Comissão de Direito de Família e das Sucessões Luiz Edson Fachin, e a relatoria esteve a cargo de Marilene Guimarães.³³

Dias atrás, durante o mês de março de 2005, o Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia apresentou alguns projetos de lei (ns. 4.944, 4.945, 4.946, 4.947 e 4.948) – sugeridos por estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) – visando modificar dispositivos do Código Civil de 2002 relacionados ao direito de família, os quais, quando pertinentes e no adequado momento, serão descritos.

Como ponto narrativo derradeiro, nesta etapa, destaque-se a alteração de alguns dispositivos do Código Civil de 2002, tais como: a) o artigo 374 foi revogado pela Lei n. 10.677, de 22 de maio de 2003; durante a *vacatio legis*, fora editada medida provisória suspendendo sua eficácia; b) o artigo 2.031 teve o prazo contido no *caput* postergado por mais um ano, vencido em janeiro de 2005 (Lei n. 10.838/2004); entretanto, em 10 de janeiro de 2005, foi editada a Medida Provisória n. 234, que o prorrogou para 11 de janeiro de 2006, com a revogação da lei de 2004; houve ainda o acréscimo do parágrafo único pela Lei n. 10.825/2003.

³³ Esclareça-se que, quando da realização da II Jornada de Direito Civil, a de setembro de 2002 passou a ser identificada como I Jornada; no entanto, daquela não foram editados enunciados. Todos os enunciados poderão ser pesquisados nos seguintes endereços eletrônicos: <www.cjf.gov.br/Revista/Enunciados/Enunciados>, <www.cjf.gov.br/eventos/educacao> ou <www.cjf.gov.br/consultason-line>.

1.2 Diretrizes e princípios jurídicos

Para a confecção do anteprojeto, nos idos de 1970, que resultou no Código Civil de 2002, regras, parâmetros, rumos, idéias, enfim, uma diretiva laborativa fez-se imprescindível para a consecução do objetivo, desiderato de incomensuráveis fôlegos jurídico-intelectuais e até mesmo de esforços físico-mentais, empreendidos pela comissão composta pelos jurisconsultos Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. Infelizmente, nem todos tiveram o beneplácito de presenciarem em vida essa transmutação, visto que, por motivos variados, foram alcançados pela morte, “pois desse seleto grupo só restam o sábio Ministro José Carlos Moreira Alves e o eminentíssimo coordenador do projeto, Professor Miguel Reale”, historiou Sílvia Rodrigues.³⁴

Merecem ser transcritas, com efeito, as diretrizes que, segundo Miguel Reale, coordenador-geral da sobredita comissão, foram vetores da elaboração do anteprojeto do novo Código Civil brasileiro: “a) Preservação do Código vigente sempre que possível, (...). b) Impossibilidade de nos atermos à mera revisão do *Código Beviláqua*, dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito. c) Alteração geral do Código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de *eticidade*, de *socialidade* e de *operabilidade*. d) Aproveitamento dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas, anteriormente, por ilustres jurisconsultos: (...). e) Firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil. f) Dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas – mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações. g) Não realizar,

³⁴ Sílvia Rodrigues, Considerações sobre direito civil (julho do ano 2000), p. 533.

propriamente, a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações – de resto já uma realidade operacional no País (...).”³⁵

Francisco Amaral ratifica *in totum* a eleição e utilização dos sobreditos parâmetros pelos juristas que redigiram o Anteprojeto do Código Civil, tanto que as dita como características basilares do novo Código, acrescentando a readequação dos institutos civis consoante a orientação jurisprudencial predominante e a exclusão de questões processuais e procedimentais, salvo em íntima ligação com a material.³⁶

Na Exposição de Motivos da Parte Geral do Anteprojeto de Código Civil, escrita em 1970, seu relator, o Ministro José Carlos Moreira Alves, esclarece quais os delineamentos a serem observados pela comissão: “Encontrávamos, portanto, em nosso país, experiências dos dois extremos de orientação, em matéria de reforma do Código: a reelaboração e a revisão. Nenhuma das duas norteia o pensamento do governo, na hora presente. Como salientou Vossa Excelência, na primeira reunião da Subcomissão de que fazemos parte, nossa tarefa se situaria na posição intermediária entre esses dois extremos (...) Em outras palavras, não deveria haver a preocupação de manter por manter, nem a de inovar por inovar. Orientação, aliás, que já no próprio plano de trabalho da Subcomissão se revelava aplicada.”³⁷

Ao palestrar no IV Congresso Brasileiro de Filosofia, em agosto de 2002, sobre o novo Código Civil, Judith Martins-Costa³⁸ anota: “Nenhum Código provém do nada, nenhum Código opera no vazio. O seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo – isto é, uma filosofia. *As matrizes teóricas do novo Código Civil têm origem, justamente, no culturalismo de Reale*, na sua

³⁵ Miguel Reale, Visão geral do novo Código Civil, p. 11. Em ofício endereçado ao então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, esclarece Miguel Reale que, no seu entender, acertou a comissão ao proceder a revisão da legislação anterior por etapas, partindo da elaboração de projetos parciais por cada integrante, guiando-se, no entanto, pelas diretrizes, acima anotadas, previamente entabuladas (ANTEPROJETO do Código Civil, p. XXII).

³⁶ Francisco Amaral, *Direito civil*: introdução, p. 134.

³⁷ José Carlos Moreira Alves, *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, p. 72.

³⁸ Judith Martins-Costa, *Culturalismo e experiência no novo Código Civil*, p. 23-24.

concepção acerca dos modelos jurídicos e da concreção, no que chama, enfim, de *normativismo concreto*³⁹.” (destacamos).

Verificados os lineamentos que embasaram o anteprojeto, há que se compulsar os princípios jurídicos que fundamentam o Código Civil brasileiro de 2002, sendo certo que, como sói acontecer, a doutrina de Miguel Reale é a primária a ser estudada: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.⁴⁰

Ética, socialização e operacionalização são, com efeito, os princípios que nortearam o novo Ordenamento Civil, consoante atesta o próprio supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Projeto de Lei.

A ética é um dos princípios básicos que fundamenta o Código Civil de 2002, sobre o qual, em comentários aos aspectos gerais do Projeto de Código Civil, Miguel Reale anota que a novel legislação haveria de abandonar o formalismo da lei anterior e apegar-se a novos critérios e princípios para a leitura legislativa, sendo certo que o de eticidade seria o fundamental, pois confere ao juiz o poder para se valer amiúde da equidade, proferindo decisões mais justas e eqüitativas. Destarte, “confere ao Juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto”⁴¹, tudo devidamente fundamentado, em face do seu poder que é discricionário, mas, não arbitrário.

Alerta Carlos Roberto Gonçalves que o holofote do intérprete há de se centrar na valoração “da pessoa humana como fonte de todos os demais valores”, sendo certo que o pragmatismo desse princípio “confere maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou eqüitativa”.⁴²

³⁹ Segundo Miguel Reale: “Quando, pois, dizemos que o Direito se atualiza como fato, valor e norma, é preciso tomar estas palavras significando, respectivamente, os momentos de referência *fática*, *axiológica* e *lógica* que marcam o *processus* da experiência jurídica, o terceiro momento representando a composição superadora dos outros dois, nele e por ele absorvidos e integrados. É essa a teoria que denominamos *normativismo concreto*.” (*Lições preliminares de direito*, p. 104 – destaques no original).

⁴⁰ Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*, p. 12-14.

⁴¹ Miguel Reale, *Visão geral do projeto de Código Civil*, p. 28. Eros Roberto Grau, ao diferenciar a norma do texto jurídico, leciona que o intérprete do direito, ao operar seu labor, transmuda-se no verdadeiro construtor da norma jurídica (O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito, p. 48).

⁴² Carlos Roberto Gonçalves, *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*, p. 5.

A equidade e a boa-fé são típicas características de eticidade, porquanto, com a interpretação da situação de fato concreta é que o magistrado terá elementos e argumentos para fundamentar a decisão justa e escoreita para o conflito que lhe é posto, assim como para aquilatar, entre os interessados no deslinde, aquele que agiu com boa-fé, que teve lúdima intenção de praticar o ato jurídico controvertido e exteriorizou-a de forma clara, precisa e sincera.

Ponto de relevância a ser apreciado é a própria definição de ética, ao menos uma visão delineadora do que se deva entender por conduta ética, ou o que é ético. Decerto é um termo que desperta inúmeras divagações filosóficas, mas que, ainda que em rápidas tintas, merece ser aqui discutido.

O instituto da ética, nos últimos tempos, é utilizado amiúde, inclusive em linguagem coloquial, sem que, muita vez, saiba-se o seu próprio e devido significado; aliás, o ideal é que esse princípio não fosse simplesmente pronunciado, e sim efetivamente empregado em condutas humanas, nos diversos setores da convivência humana, pelos cientistas, inclusive pelos operadores do direito, ainda que assim não estivesse expreso, pois a ética haveria de ser o norte de toda conduta de uma pessoa, em quaisquer de suas atividades – pessoal, profissional, familiar, social, etc.

Nada obstante, como mencionado, há que se desvendar o significado desse princípio, que norteou a elaboração do Código Civil de 2002, o qual, no entanto, haveria de fundamentar todo o sistema jurídico, seja no campo legislativo, hermenêutico, doutrinário e, mormente no acadêmico, consoante ressalta Fábio Konder Comparato, ao criticar a pouca menção que se faz à ética nos anos do estudo nas faculdades de direito, embora seja essa ciência parte efetiva e integrante desse princípio filosófico.⁴³

Ética, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é o feminino substantivado do adjetivo ético – derivado do grego *ethikós* – a qual define como “estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto”.⁴⁴

⁴³ Fábio Konder Comparato, O direito como parte da ética, p. 6-7.

⁴⁴ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 733.

Para De Plácido e Silva, ética é a ciência da moral.⁴⁵

Ética e moral ostentam a mesma origem etimológica, todavia são concepções que não se confundem, assim como, é cediço, moral e direito possuem conotações próprias, ainda que, em certos aspectos, possam apresentar pontos de intersecção.⁴⁶

Fernando Dias Andrade informa que a terminologia *ethos*, em grego, possui duas formas de pronúncia, quais sejam, *éthos* e *êthos*, “(...) e dependendo da forma o significado muda. Isso é relevante aqui porque a *éthika* é conhecimento racional especificamente de uma dessas duas formas, o *êthos*. (...) O *éthos* é o conjunto de costumes, valores comuns, práticas comuns, ideais ou valores universais ou de um grupo; ou seja, é o que conhecemos hoje por moral”.⁴⁷

Com efeito, a pronúncia do termo *ethos* – em tom aberto ou fechado, ante o acento agudo ou circunflexo –, em grego, é o indicativo do que se pretende exteriorizar, ou seja, de ética ou de moral.

Em estudo específico sobre esses princípios, Leonardo Boff relata as suas utilizações como sinônimos, tanto em linguagem coloquial, como na culta, todavia, para confirmar a inexistência dessa sinonímia, oferece definição de cada qual deles: “A *ética* é parte da filosofia. Considera concepções de fundo acerca da vida, do universo, do ser humano e de seu destino, estatui princípios e valores que orientam pessoas e sociedades. Uma pessoa é ética quando se orienta por princípios e convicções. Dizemos, então, que tem caráter e boa índole. A *moral* é parte da vida concreta. Trata da prática real das pessoas que se expressam por costumes, hábitos e valores culturalmente estabelecidos. Uma pessoa é moral quando age em conformidade com os costumes e valores consagrados. Estes podem, eventualmente, ser questionados pela ética. Uma pessoa pode ser moral

⁴⁵ José Oscar De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, v. 2, p. 223.

⁴⁶ Ricardo Rodrigues Gama ensina: “O direito e a moral contam com alguns pontos em comum. Com mais precisão, eles têm em comum serem regras de conduta e persistir neles a obrigatoriedade no cumprimento de tais determinações, mas, por sua vez, estão distantes de ser confundidos pelas demais características de cada qual. Ao lado disso, há regras morais que são tomadas como regras jurídicas também, como no dever moral de expressar somente a verdade, a pessoa que mentir perante o juiz ou tribunal, invadindo tal ato a esfera jurídica, comete o crime de falso testemunho.” (Moral e direito, p. 734).

⁴⁷ Fernando Dias Andrade, *Sobre ética e ética jurídica*, p. 105.

(segue os costumes até por conveniência) mas não necessariamente ética (obedece a convicções e princípios.”⁴⁸ (grifado no original)

Enquanto a moral refere-se a concepções, regras, valores e práticas costumeiras, a ética é o pronunciamento das concepções individuais de cada pessoa humana, que repercutem no seu relacionamento em sociedade, seja qual for esse espaço social.

Em seu discurso sobre *êthos*, Fernando Dias Andrade esclarece que esse termo grego representa “o caráter individual de um ser, a natureza individual de um ser, a necessidade individual ou natural de um ser, potência de um ser, aquilo sem o que um ser deixa de ser o que é, aquilo que constitui necessariamente um ser, aquilo que não pode deixar de estar num ser. A *éthika* é, portanto, estudo do caráter individual, natureza individual, necessidade natural ou individual, de algo”.⁴⁹

A ética, com efeito, está relacionada direta e propriamente ao ser humano, em sua individualidade, no seu íntimo, externando as suas próprias concepções, seus valores, com expressão e exteriorização das idiossincrasias de cada indivíduo, sobretudo quando de sua interação comunitária. Destarte, agir eticamente, comportar-se de modo ético significa fazer ou deixar de fazer alguma coisa consoante suas íntimas e próprias convicções pessoais.

Decidir com eticidade, portanto, é conferir ao magistrado o poder-dever de analisar conscientemente o fato e interpretá-lo de acordo com suas concepções pessoais e, ao mesmo tempo, averiguar a peculiar situação pessoal e individual de cada qual dos sujeitos que dele participou – as suas reais idiossincrasias, afinal a pessoa humana é o verdadeiro sujeito do direito debatido, seu efetivo titular – agindo, na aplicação da norma jurídica, com equidade, concedendo a cada qual o seu respectivo direito, fundamentando sua conclusão conforme essas diretrizes individuais e personalíssimas, sendo total responsável por esse conteúdo.

⁴⁸ Leonardo Boff, *Ética e moral: a busca dos fundamentos*, p. 37.

⁴⁹ Fernando Dias Andrade, *Sobre ética e ética jurídica*, p. 105.

A filósofa Marilena Chauí apresenta os elementos constituintes da ética, afirmando: “Para que haja conduta ética é preciso que exista o agente consciente, isto é, aquele que conhece a diferença entre bem e mal, certo e errado, permitido e proibido, virtude e vício. A consciência moral não só conhece tais diferenças, mas também reconhece-se como capaz de julgar o valor dos atos e das condutas e de agir em conformidade com os valores morais, sendo por isso responsável por suas ações e seus sentimentos e pelas conseqüências do que faz e sente. Consciência e responsabilidade são condições indispensáveis da vida ética.”⁵⁰

Outro princípio é o da socialização, sobre o qual também discursou Miguel Reale⁵¹: “O *sentido social* é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista⁵² que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Beviláqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares.”

O Senador Josaphat Marinho, em seu pronunciamento final no Senado Federal, quando da apresentação do relatório final do então Projeto de Código Civil, em dezembro de 1997, afirma categoricamente o princípio social que reina nessa nascente codificação, contrapondo-se ao cunho individual e privatista que imperava na Lei Civil revogada.⁵³

Gustavo Tepedino explica o porquê desse sentido individualista do Código Civil de 1916: “Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de

⁵⁰ Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, p. 337.

⁵¹ Miguel Reale, *Visão geral do projeto de Código Civil*, p. 23.

⁵² Regina Vera Villas Bôas Fessel relata que esse sentido individualista do Código Civil de 1916, com acentuado prestígio à autonomia da vontade individual, decorre da influência que sobre o projeto de Clóvis Beviláqua teve o Código Civil francês de 1804, o denominado Código de Napoleão Bonaparte, conquanto também o tenha servido de suporte o Código Civil alemão de 1896, o conhecido BGB, abreviatura de *Bürgerliches Gesetzbuch* (Os fatos que antecederam e influenciaram a elaboração do atual projeto de Código Civil, p. 188). Francisco Amaral, ao reafirmar essa formação, dita que do direito francês herdou as concepções e a técnica do Código alemão (Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro, p. 195). Fábio Ulhoa Coelho ratifica essa influência alemã e acrescenta que o Código Civil de 2002 é influenciado também pelo Código Civil da Itália de 1942 (*Curso de direito civil*, v. 1, p. 25).

⁵³ Pronunciamento do Senador Josaphat Marinho, relator-geral (CÓDIGO Civil: Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984, redação final, p. 22). Destaca o senador, outrossim, as contribuições ofertadas pelos juristas Miguel Reale e José Carlos Moreira Alves, inclusive com o exame de todas as 360 emendas que o projeto recebeu no Senado Federal (*Ibidem*, p. 21).

regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil.”⁵⁴ (destacamos).

Esse princípio da socialização, sentido social ou socialidade que reina no Código Civil de 2002 não se confunde com os princípios socialistas (socialismo) ou comunistas, em suas acepções político-sociais⁵⁵, mas sim com a concepção comunitária, que envolve os interesses da sociedade⁵⁶. Em decorrência dele, a interpretação dos contratos com fulcro em sua função social e o uso da propriedade imóvel consoante a função social da propriedade.

Em aula inaugural proferida no dia 6 de fevereiro de 1961 na Universidade de Nápoles, Michele Giorgianni, Professor Emérito da Universidade de Roma, ao discorrer sobre a publicização e socialização do direito privado, já alertava: “Esta *socialização* como foi precisamente advertido, não implica qualquer recepção das idéias expressas pelo socialismo econômico e político.”⁵⁷

Com efeito, sob essa ótica, ao interpretar um fato jurídico em sentido amplo, na colidência do interesse individual de uma das partes com o da coletividade – comunidade na qual o próprio interessado interage, negocia, vive enfim, realize os atos de sua vida civil

⁵⁴ Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, p. 2.

⁵⁵ Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, ao discorrer sobre as características fundamentais do socialismo, como ideologia político-social, afirma: “Esta palavra vem se prestando, através dos tempos, a muitas confusões, porque é freqüentemente usada para denominar formas apenas de *socialização*, o que, em si, nada tem que ver com socialismo. Este representa, na verdade, um sistema integral que compreende um conjunto de idéias básicas, oriundas do *marxismo*, e nele inteiramente baseadas. Não sendo assim, não se deve falar em *socialismo*. (...) A expressão *socialismo* deve ser reservada unicamente à doutrina marxista, exposta e defendida por Karl Marx, em meados do século passado, e por ele desenvolvida sobretudo na obra *O capital*, bem como pelos seus diversos seguidores até nossos dias.” (*A doutrina social ao alcance de todos*, p. 26-27).

⁵⁶ Maria Benedita Lima Della Torre disserta: “Vivendo em sociedade, o homem, que ao nascer possui apenas a natureza biopsíquica, adquire a natureza social, formando e desenvolvendo sua personalidade. Além disso, o homem cria cultura e, através desta, satisfaz suas necessidades e adapta-se ao meio ou adapta o meio a si, modificando-o. (...) Vivendo em sociedade, por sua própria natureza, o homem está em permanente interação com seu semelhante, estabelecendo relações sociais, adquirindo consciência grupal, criando cultura. Tudo isso resulta da *convivência social*, caracterizada por interações mentais e conscientes entre os indivíduos.” (*O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*, p. 44-45).

⁵⁷ Michele Giorgianni, *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, p. 49, nota 45.

e comercial – esses é que merecem prosperar, em prejuízo do particular e privado; essa nova técnica interpretativa é um paradoxo com a do Código Civil de 1916, ante o império do sentido individualista.⁵⁸

Aliás, de há muito doutrinava Carlos Maximiliano: “O julgador hodierno preocupa-se com o bem e o mal resultantes do seu *verdictum*. Se é certo que o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto; todavia, este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação – o bem social. (...) A própria evolução desta ciência realiza-se no sentido de fazer prevalecer o interesse coletivo, embora timbre a magistratura em o conciliar com o indivíduo.”⁵⁹

O terceiro princípio anotado é o da operabilidade (operacionalização), traduzido por Francisco Amaral como “a preocupação com a realização do direito mediante a atividade profissional dos juízes e advogados, e considera as normas jurídicas como estruturas abertas, que permitem uma interpretação construtiva do jurista, na sua tarefa de criação da norma adequada ao caso concreto.”⁶⁰

Miguel Reale esclarece que a intenção fora normatizar o direito civil, aclarando as contradições e dúvidas existentes, para facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito, exemplificando os institutos da prescrição e da decadência, “tendo sido baldados os esforços no sentido de verificar quais eram os casos de uma ou de outra, com graves conseqüências de ordem prática”.⁶¹

O fito primordial desse princípio é a praticidade, tornar a norma legal exeqüível com maior facilidade possível, desmistificando os institutos jurídicos a ela afeitos, evitando interpretações assimétricas e paradoxais, nada obstante as imprescindíveis interpretações doutrinárias e jurisprudenciais para a eficácia prática de seus dispositivos legais.

⁵⁸ Francisco Amaral, *Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro*, p. 209.

⁵⁹ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 157-158.

⁶⁰ Francisco Amaral, *ob. cit.*, p. 209.

⁶¹ Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*, p. 14.

Outro expediente aplicado na elaboração do Código Civil de 2002 são as chamadas cláusulas gerais ou abertas, que permitem uma maleabilidade interpretativa fundamentada ao profissional do direito, justamente aquele que procura, diante da situação fática concreta, consoante argumentos, provas e sensibilidade aferidos, solucionar o conflito de interesses que reina entre os contratantes, negociantes, vizinhos, familiares, ou seja, entre as partes interessadas no desiderato da questão jurídica, com o devido fundamento de sua interpretação.

No que se refere a essas cláusulas gerais, merece destaque a lição de Clóvis do Couto e Silva – relator do Livro de Direito de Família –, nas quais está contido “um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas. O juiz é, também, um legislador para o caso concreto. E, nesse sentido, o Código Civil adquire progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do Direito”.⁶²

Em trabalho acadêmico específico sobre essas cláusulas na Lei Civil vigente⁶³, Judith Martins-Costa destaca: “As cláusulas gerais, mais do que um caso da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.”⁶⁴

⁶² Clóvis do Couto e Silva, O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro, p. 17.

⁶³ Por coerência acadêmica, não se olvida a posição de Gustavo Tepedino que, ao posicionar-se contra a promulgação do Projeto do Código Civil de 2002, refuta a acolhida dessas cláusulas gerais pelo legislador civil, o que tipifica um retrocesso (*Temas de direito civil*, p. 441), nada obstante a existência de inúmeros pronunciamentos de civilistas de igual competência doutrinária, supra arrolados.

⁶⁴ Judith Martins-Costa, O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, p. 26-27.

Pronunciando-se sobre a acolhida dessas cláusulas pelo legislador de 2002, interligadas com a operabilidade principiológica, que também denomina de princípio da concretitude ou concretude, Francisco Amaral pontifica que essa “opção metodológica, resulta conceder-se larga margem de criação ao intérprete para, por meio de princípios, cláusulas gerais, usos do lugar, costumes etc., criar a norma jurídica adequada ao caso concreto, lastreado em sólido embasamento doutrinário, pois doutrina e prática se influenciam e enriquecem reciprocamente”.⁶⁵

Dentre outros dispositivos, Miguel Reale apresenta o artigo 575, parágrafo único como exemplificação de cláusula geral no Código Civil de 2002, o qual assim disciplina: “Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.”⁶⁶

Ética, socialização e praticidade (operacionalização) da norma posta, em síntese, são os princípios que fundamentam o Código Civil de 2002, com os quais as denominadas cláusulas gerais hão de encontrar ressonância e efetiva aplicação pragmática.

Aliás, Rodrigo da Cunha Pereira relaciona sete princípios, constitucionais e gerais, que haverão de direcionar a hermenêutica para a justa e ética organização jurídica da família contemporânea, os quais, com efeito, refletem no contexto do Código Civil de 2002, norma infraconstitucional geral que regra o relacionamento familiar; enfatiza a dignidade da pessoa humana como primeiro e principal desses princípios, denominando-o de macroprincípio, e prossegue, enaltecendo a essencialidade deles, cuja “(...) ausência de qualquer deles certamente provocaria injustiça. São eles: princípio da monogamia (4.2, na verdade um princípio jurídico organizador), do melhor interesse da criança/adolescente (4.3), da igualdade e respeito às diferenças (4.4), da autonomia e da menor intervenção estatal (4.5), da pluralidade de formas de família (4.6) e da afetividade (4.7)”.⁶⁷

⁶⁵ Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, p. 101. Seguindo o mesmo parâmetro, Eros Roberto Grau sustenta que “o sistema jurídico deve ser concebido como um sistema aberto, uma ordem axiológica de princípios gerais de direito, entendidos esses princípios não como resultantes de abstrações, senão como construções sociais que se manifestam diversamente, em cada direito concretamente tomado” (O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito, p. 40).

⁶⁶ Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*, p. 14.

⁶⁷ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 67.

Decerto a plenitude de todos esses discorridos e mencionados princípios em determinados textos da Lei Civil desnaturalizou-se ou deles se descurou o legislador ao positivá-los, o que não descaracteriza suas pontificações como vetores e metas quando da elaboração do anteprojeto e, até mesmo, do projeto de lei, porquanto, como é cediço, a obra humana está sujeita a imperfeições, por mais que se objetive aperfeiçoá-la.

O tempo encarregar-se-á de demonstrar as mudanças, alterações e complementos necessários para esse aperfeiçoamento, com novas redações e derrogações de textos do novo Código, depois de acuradas e precisas interpretações e estudos sistemáticos dos respectivos dispositivos, visando a aplicação efetiva dos sobreditos princípios fundamentais e norteadores para a construção adequada da legislação civil, até porque a própria dinâmica social exigirá essa cadeia revisora e atualizadora, certamente incessante; aliás, ressalta Orlando Gomes: “Se as condições extrínsecas da vida não são estáticas, a razão humana não pode descobrir uma lei que seja a medida de todas as cousas, diante da qual todos os povos, em todos os tempos, padronizassem seu direito”⁶⁸. Por isso, a imprescindível atualização dos textos jurídicos, como também a revisão dos critérios e métodos hermenêuticos, consentâneos com o momento histórico de sua efetiva aplicação.

1.3 Inovações pertinentes

A Codificação Civil de 2002 trouxe várias transformações ao mundo jurídico, seja para readequar institutos do direito civil, seja para os atualizar em face da mutação social, ou mesmo para os realinhar com o entendimento jurisprudencial dominante. De toda sorte, fez mister a adaptação dos institutos jurídicos aos sistemas social e jurídico vigentes, até porque, como esclarece Ênio Santarelli Zuliani: “O Código Civil foi envelhecendo e, por descuido, foi se esquecendo dos fatos sociais emergentes e dignos de inscrição em seu propósito de bem regulamentar a vida privada, um erro que criou um descompasso ou abismo entre a regra escrita e a realidade. A sociedade, surpreendida pelas tendências comportamentais, passou a depender da adaptação da ordem jurídica pelos juízes e juristas formadores de jurisprudência para a defesa de seus direitos. Os que exercem ou exerceram tal função conquistaram merecida notoriedade.”⁶⁹

⁶⁸ Orlando Gomes, *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 97.

⁶⁹ Ênio Santarelli Zuliani, *Reflexões sobre o novo Código Civil*, p. 97.

Eduardo de Oliveira Leite, ao apresentar sua obra, afirma: “Dúvida não há de que o novo Código Civil que agora surge é legítimo e revela-se obra válida, porque sem anular o saber acumulado, sem desconsiderar o que há de mais autêntico na alma brasileira, projeta as expectativas e propostas da sociedade nacional nos novos tempos; se mais não fez é porque o ambiente ainda não estava suficientemente maduro para alterações mais radicais e porque, evidentemente, não havia o consenso em matérias que ainda geram perplexidade, dúvidas e vacilações (...).”⁷⁰

Ressalta Eros Roberto Grau que o legislador, ao positivar o texto jurídico, não o faz de modo livre e desvinculado, “porque o Direito, no seu momento de pressuposição, é um produto histórico-cultural que condiciona a formulação do direito posto”⁷¹, o que resulta na ilação de que o legislador cumpre a vontade popular, vontade da sociedade organizada naquele momento histórico, da qual ele é o legítimo mandatário para essa finalidade; destarte, embutido em todo direito positivado existem pressupostos histórico-culturais inerentes à comunidade que haverá de cumprir o texto normatizado.

Há que se ressaltar, contudo, que fundadas e fundamentadas opiniões foram externadas por renomados e juristas de escol, criticando a promulgação desse novo Código Civil, quando indicavam, como coerente, a atualização da Lei de 1916, derogando-se os textos desatualizados, remoçando-os com a atualidade social, produzindo uma nova e necessária roupagem nos dispositivos do século passado. Todavia, com a vigência da Lei n. 10.406/2002, essa discussão perdeu o seu significado pragmático, pois o texto está posto e em pleno vigor – desde janeiro de 2003 –, cabendo ao profissional do direito, agora, apenas e tão-somente, interpretá-lo e aplicá-lo de modo coeso e consentâneo com o contexto social hodierno.⁷²

⁷⁰ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 5.

⁷¹ Eros Roberto Grau, *O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito*, p. 37.

⁷² Rodrigo da Cunha Pereira comenta que: “Independentemente de se considerar o Código Civil de 2002 bom ou ruim, avançado ou ultrapassado, é ele o estatuto jurídico que regerá as relações civis deste século. De qualquer forma, várias alterações estão sendo providenciadas para que ele se aproxime um pouco mais do desejável para uma legislação, especialmente na parte referente à família. Entretanto, por mais que se aproxime do desejável, ele jamais será uma fonte satisfatória do direito. Ele só se aproximará do *ideal* de justiça se estiver em consonância com uma hermenêutica constitucional e de acordo com os princípios gerais do Direito e também com os princípios específicos e particulares do Direito de Família, que, com este trabalho pretendemos defender.” (*Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 15-16).

Posto, acabado e em vigência o novel Código, a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro⁷³, no entanto, permanece a mesma que regia o Código Civil de 1916, ou seja, o Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942⁷⁴. Entretanto, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 243, de 2002, apresentado pelo Senador Moreira Mendes, composto de quarenta e quatro artigos, com expressa revogação da atual, em seu último dispositivo, mantendo a nomenclatura de “Lei de Introdução ao Código Civil”, a qual, por quase toda a doutrina, mostra-se equivocada.⁷⁵

Com intuito meramente elucidativo, far-se-á ligeiro vôo panorâmico sobre a nova Lei, destacando, em alguns momentos, alterações ou inovações que despertem maior atenção e relevância, estrutural, didática ou institucional, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, mas sim com a só descrição do ocorrido, até porque deixa de ser o cerne do trabalho aqui proposto. Ao sobrevoar o direito de família, no entanto, ter-se-á uma atenção e cuidados no enfoque das pertinentes modificações, pois, aí sim, haverá direta e estreita vinculação com o temário; nesse momento, portanto, imprescindíveis serão alguns pousos contemplativos, tanto que se abrirá tópico próprio e exclusivo para esses discursos.

1.3.1 Partes geral e especial

Em topografia vestibular, permanece a divisão do Código Civil de 2002 em duas partes: a Geral e a Especial, estrutura baseada na Lei alemã (BGB).⁷⁶

A Parte Geral, cujo relator foi o Ministro José Carlos Moreira Alves, está dividida em três Livros: Pessoas, Bens e Fatos Jurídicos.⁷⁷ No seu Livro I, é adotada a designação

⁷³ Segundo Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, a base histórica para a elaboração de uma Lei de Introdução é o direito civil alemão, o BGB tem uma lei introdutória, que com ele entrou em vigor e o acompanha (*A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro: comentada na ordem dos seus artigos*, v. 1, p. 5).

⁷⁴ Com a vigência desse Decreto-Lei, foi revogada a Introdução ao Código Civil de 1916.

⁷⁵ Cristiano Tessinari Modesto; J. R. Rezende; Mônica Muniz Manhães, Breve análise do projeto de lei do Senado n. 243, de 2002: uma nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, p. 9.

⁷⁶ Enaltece Ricardo Rodrigues Gama a manutenção da Parte Geral no Código Civil de 2002, ao contrário do que fez o legislador italiano, “(...) pois o tratamento da matéria civil sem a Parte Geral dificultaria a idéia de conjunto, de corpo de leis que são reunidas pelas suas afinidades” (*Algumas considerações sobre o novo Código Civil brasileiro*, p. 22).

⁷⁷ Sílvia Rodrigues, ao referendar a manutenção da Parte Geral, acrescenta que “entre os muitos e merecidos elogios cabíveis ao trabalho do Ministro Moreira Alves, não se pode esconder o relativo à redação, pois cada vez que pôde manter o texto original do Código Civil, esse ilustre jurista o fez” (*Considerações sobre direito civil* (julho do ano 2000), p. 534).

pessoa em substituição ao termo *homem*, enquanto a capacidade civil plena, agora, é alcançada aos dezoito anos de idade, admitindo-se a morte presumida, mesmo sem decretação de ausência. Os direitos da personalidade estão positivados entre os artigos 11 e 21, distinguindo-se da capacidade civil. Por fim, o instituto da ausência está inserto nessa Parte do Código, enquanto no anterior era estudado no Livro de Família, juntamente com a tutela e a curatela, no direito assistencial ou protetivo.

Na Parte Especial, o primeiro enfoque está desatado do ponto jurídico-institucional, pois se concentra no aspecto eminentemente topográfico do Código Civil de 2002, em contraste com a Lei Civil revogada, uma vez que é inaugurada com o Direito das Obrigações (aspectos gerais, contratos específicos e responsabilidade civil), seguida do Direito de Empresa – inédita inserção no Código Civil –, Direito das Coisas, Direito de Família e das Sucessões, que a encerra. Como epílogo, há o Livro Complementar, com as Disposições Finais e Transitórias. A legislação de 1916 descortinava sua Parte Especial com o direito familiar, findando-a com o mesmo direito sucessório.⁷⁸

Há uma inversão topológica entre os institutos jurídicos, na Parte Especial, em cada qual dos Códigos, e o em vigência persegue as trilhas didáticas do estudo do direito civil, haja vista que de há muito os conteúdos programáticos das universidades de ciências jurídicas, nessa matéria, são redigidos e ministrados consoante essas diretrizes: Parte Geral, Direito das Obrigações, Responsabilidade Civil, Contratos, Direito das Coisas, Família e Sucessões. Nesse aspecto, o Código Civil de 2002 é coerente com a didática acadêmica.⁷⁹

O texto do Direito das Obrigações (Livro I) é de autoria de Agostinho de Arruda Alvim, cujo equilíbrio econômico entre as partes contratantes é primordial, com a possibilidade legal de revisão judicial das obrigações legalmente pactuadas, em caso de

⁷⁸ Segundo Ricardo Fiuza: “A estrutura organizacional do Código Civil de 1916, concebido para uma sociedade eminentemente agrária e conseqüentemente patriarcal, tem início com o Livro dedicado ao direito de família, prosseguindo com o direito de propriedade, para só posteriormente tratar de obrigações e contratos, até findar com o direito das sucessões.” (*Novo Código Civil: estrutura do projeto e etapas de elaboração*, p. 1).

⁷⁹ Prossegue o relator Ricardo Fiuza, explicando o porquê dessa alteração topográfica: “O projeto ora em exame, nascido no bojo de pujante intensificação da atividade econômica, decorrente da urbanização da sociedade, do progresso tecnológico, e tendo como conseqüência o agigantamento das relações de consumo, o que torna a disciplina dos direitos creditórios cada vez mais relevante, reflete tais mudanças já em sua estrutura.” (*Novo Código Civil: estrutura do projeto e etapas de elaboração*, p. 1).

onerosidade excessiva⁸⁰ de uma das partes negociantes; com isso, “combate-se a desproporção e busca-se o equilíbrio jurídico das relações contratuais”⁸¹. É a cláusula *rebus sic stantibus* ocupando efetivo espaço jurídico no direito positivo brasileiro, essência da aplicação do princípio da eticidade já referido.⁸²

Paradigma na liberdade de contratar e na interpretação dos contratos, surge agora a função social do contrato, decorrente do princípio da socialização acima discorrido, com expressa menção legislativa à obrigatória observância aos princípios de probidade e boa-fé (art. 422 do CC de 2002), tanto em fase compromissória, como na contratação e execução do que se pactuou.

Outro ponto de relevo é o acréscimo de causas que acolhem a responsabilidade civil objetiva, malgrado a subjetiva ser a regra de observância. Nesse tópico, encômios merece o legislador civilista, ao estabelecer título próprio e específico para a responsabilidade civil.

No Livro II, a grande novidade é a própria inserção do Direito de Empresa, matéria comercial em sua essência, no bojo do Código Civil de 2002. Essa inclusão ocorreu com consciência, sem qualquer descuido legislativo, pois o Código Comercial (Lei n. 556/1850) foi expressamente revogado em sua primeira parte, nos ditames do artigo 2.045. O relatório esteve a cargo de Sylvio Marcondes.⁸³

⁸⁰ Ensina Miguel Reale: “A teoria da revisão dos contratos em virtude de superveniente *onerosidade excessiva* foi proclamada pelo Código Civil da Itália de 1942, em seus artigos 1.467 e 1.468, e daí se estendeu a todas as nações que põem as exigências da justiça concreta acima de ajustes de longa duração, que graves fatos imprevisíveis tornaram sumamente onerosos para uma das partes.” (*Estudos preliminares do Código Civil*, p. 68).

⁸¹ Roberto Senise Lisboa, *Manual elementar de direito civil*, v. 3, p. 71.

⁸² Miguel Reale, *Visão geral do projeto de Código Civil*, p. 29.

⁸³ Aliás, Sílvio de Salvo Venosa enaltece a unificação das obrigações civis e comerciais, para quem inexistia razão ontológica para a diferenciação entre elas. E fundamenta: “Tanto no Direito Civil, como no Direito Comercial, a estrutura básica é a mesma, a que nos chegou do Direito Romano. É nesse campo que se realiza mais facilmente a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, tendo diversos países elaborado uma legislação única sobre a matéria, como é o caso da Suíça, que apresenta um Código de Obrigações destacado do Código Civil.” (*Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, v. 2, p. 32).

Relatado por Ebert Vianna Chamoun, o Livro III compreende o Direito das Coisas, no qual se abriga a função social da propriedade, em consonância com a determinação constitucional (arts. 5º, XXIII e 170, III da CF).⁸⁴

O Livro de Direito de Família, que é o quarto, teve como redator do anteprojeto Clóvis do Couto e Silva, cuja análise panorâmica, como acima mencionado, far-se-á no próximo tópico, em apartado, em face de sua intrínseca relação com o tema central deste trabalho.

Como capítulo final da Parte Especial do Código Civil de 2002, tal qual no de 1916, está o Direito das Sucessões, numerado como Livro V, cuja redação inicial do anteprojeto coube a Torquato Castro.

Esse ramo do Código Civil de 1916 decerto terá sobrevida e, por muitos e muitos anos, será o direito sucessório hereditário, porquanto é a data do óbito que indica qual a legislação a ser aplicada. Destarte, toda e qualquer morte verificada na vigência do Código Civil anterior à sucessão de seu patrimônio será regida pelas normas nele contidas; para os falecimentos ocorridos depois de vigente o Código Civil de 2002, a herança será partilhada consoante as disciplinas neste contidas⁸⁵. Isso está expresso no artigo 1.787 do Códex vigente: “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.”⁸⁶

Em consonância a essa determinação está o artigo 2.041 do Código Civil de 2002, que dita: “As disposições deste Código relativas à ordem de vocação hereditária (arts.

⁸⁴ Ao destacar esse princípio, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka explica e exemplifica, ao final, o seguinte: “A função social, enfim, trata ou se refere a essa necessária, urgente e indispensável harmonização das relações privadas com os fins sociais. Exemplo: a propriedade rural não pode ser tratada como um bem qualquer (como uma barra de ouro, por exemplo), exatamente porque tem uma função social a cumprir, obrigatoriamente, que é justamente a sua finalidade de produção de alimentos. Deve produzir, portanto.” (*Destaques do novo Código Civil*, p. 1).

⁸⁵ Francisco José Cahali; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*, v. 6, p. 33).

⁸⁶ Em semelhante teor dispunha o artigo 1.577 do Código Civil de 1916: “A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor.”

1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916).”⁸⁷

Algumas novidades trouxe ao mundo jurídico a sucessão hereditária pelo Código Civil de 2002, todavia a que certamente repercute com intensidade ímpar é a transposição do cônjuge supérstite, na sucessão legítima, para a condição de herdeiro necessário⁸⁸, ao lado dos descendentes e ascendentes do *de cujus*.⁸⁹

Afora essa posição de relevo (herdeiro necessário), o cônjuge sobrevivente, vinculado ao regime de bens do casamento, concorrerá à herança com os descendentes do falecido, com reserva legal de um quarto da parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com os quais concorre. Com os ascendentes, no entanto, sempre concorrerá, seja qual for o regime de bens.

O legislador cuidou do aspecto sucessório decorrente da união estável e, efetivamente, fê-lo; reservou nas “Disposições Gerais” da “Sucessão em Geral”, um, apenas e tão-somente um artigo, o de número 1.790, para regulamentar a sucessão do companheiro sobrevivente.

Em seus quatro incisos, esse artigo regula a sucessão do companheiro que, tal qual o cônjuge, concorrerá com os demais parentes sucessíveis, desde os descendentes, ascendentes, até o colateral de quarto grau; e, na ausência de parentes em condições de

⁸⁷ Em comentários a esse dispositivo, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi assim se expressa: “Esse artigo, que vai ao encontro do objeto de nosso estudo, refere-se, justamente, ao direito de *saisine*, aqui confirmado, onde o novo Código não retroagirá, pois a sucessão já se operou com a morte do autor da herança, antes da vigência do novo Código. Logo, ainda que suposta partilha venha a se consolidar durante a vigência deste último, prevalecerá e incidirá a regra do Código anterior, inclusive no que diz respeito à ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.787).” (*Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, p. 52).

⁸⁸ Carlos Roberto Gonçalves. *Principais inovações no Código Civil de 2002*: breves comentários, p. 94.

⁸⁹ Ana Luiza Maia Nevares defende a inclusão do companheiro, por analogia ao cônjuge, na posição de herdeiro necessário (*A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*, p. 225). Taxativamente, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery negam tal condição ao companheiro, afirmando que “nem tem direito à legítima, podendo ser livremente excluído pelo testador na sucessão testamentária (CC 1845 e 1846)” (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*: atualizado até 15.03.2002, p. 600). Assim também Wilson Júlio Zanluqui: “Diferentemente dos conviventes, o cônjuge, pelo novo diploma civil, está inserido no rol dos herdeiros necessários, conforme artigo 1.845. Foi inovação do Código que nunca antes, na legislação pátria, havia deferido o reconhecimento dele como herdeiro necessário.” (*O direito da sucessão entre cônjuges e companheiros no Código Civil de 2002*, p. 431). O Projeto de Lei n. 4.944/2005 pretende retornar à disposição de 1916, considerando herdeiros necessários os descendentes e ascendentes, tão-somente.

sucedem, é que terá direito à herança integralmente, como assegura o último dos ditos incisos. Há uma reserva legal de cota mínima (um terço), sobretudo em concorrência com parentes que não estejam na linha reta descendente.⁹⁰

Na sucessão testamentária, poucas foram as novidades, merecendo menção a redução do número de testemunhas testamentárias, em todas as espécies de testamentos que, para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, é um fator que conduz à maleabilidade das regras testamentárias, o que incentiva a procura por essa espécie sucessória⁹¹; houve a tipificação de novo testamento especial e, ao lado do marítimo e militar, surgiu o aeronáutico.

No Livro Complementar para as Disposições Finais e Transitórias, ressalte-se, neste ponto, que a *vacatio legis* do Código Civil de 2002 foi de um ano e que, ao vigor, expressamente revogou a Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, rotulado de Código Civil, e a Primeira Parte da Lei n. 556, de 25 de junho de 1850 (Código Comercial), respectivamente, pelos artigos 2.044 e 2.045.

Em linhas gerais e rápidas tintas, essas são algumas das principais e evidentes inovações inseridas no Código Civil de 2002, merecedoras de destaque neste trabalho acadêmico.

1.3.2 Direito de família

O Livro IV da Parte Especial do Código Civil de 2002 contém o direito de família, cujo texto do anteprojeto, como descrito, fora redigido pelo jurista Clóvis do Couto e Silva.

⁹⁰ Zeno Veloso retrata a irresignação que se operou com a sucessão do companheiro sobrevivente: “Inicialmente, é estranhável a colocação do artigo 1.790 e seus incisos, regulando a sucessão entre companheiros, no capítulo denominado Disposições Gerais, da sucessão em geral. Numa conclusão que poderia ter sido do conselheiro Acácio, personagem de Machado de Assis, não devia o artigo 1.790 estar nas Disposições Gerais porque de disposições gerais não trata. O artigo 1.790 tinha de ficar no capítulo que regula a ordem da vocação hereditária. Mas este é um problema menor. O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco.” (Do direito sucessório dos companheiros, p. 231).

⁹¹ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Destakes do novo Código Civil*, p. 2.

Decerto esse é o ramo do direito civil que sofreu expressivas alterações em face do Código Civil de 1916, com a inclusão de institutos jurídicos novos e alteração de sua forma topográfica de apresentar toda a matéria nele tratada.

Dizer, no entanto, que o legislador de 2002 foi inovador, ousado, ou mesmo heterodoxo é falsear a verdade dos fatos, porquanto, veridicamente, o que se fez foi adequar a nova Lei Civil, que é norma infraconstitucional, aos ditames, conceitos e princípios vetores inseridos na Constituição Federal de 1988⁹². Este sim, o legislador Constituinte de 1988, é que trouxe ao mundo de fato e de direito algumas das mais importantes e recentes inovações ao direito de família brasileiro, incorporando ao direito positivo uma gama de mutações e nuances sociais cotidianas, até então à margem da lei, por desídia legiferante.

Consoante leciona Francisco Amaral, os atuais princípios fundamentais do direito de família são “de natureza constitucional, o princípio da igualdade dos cônjuges (CF, art. 226, § 5º) e o da igualdade dos filhos (CF, art. 227, § 6º)”.⁹³

Ao referendarem a consagração desses princípios constitucionais no Código Civil de 2002 e acrescentarem a união estável como forma de constituição da entidade familiar, Euclides Benedito de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka embasam a posição acima defendida, de que o legislador civil “fez o mínimo e não poderia mesmo deixar de fazê-lo, por ser de orientação legal hierárquica inferior”.⁹⁴

Rodrigo da Cunha Pereira relaciona os princípios jurídicos que, segundo sua ótica, são fundamentais para a escoreita hermenêutica do direito de família, “(...) sem os quais não é possível a aplicação de um direito que esteja próximo do ideal de justiça”⁹⁵. São eles:

⁹² O Deputado Federal Ricardo Fiuza, relator-geral final do projeto de lei que se convolou no Código Civil de 2002, explicita: “Impende considerar que o Código projetado, durante a sua tramitação, recebeu os influxos mais fecundos da nova ordem constitucional, por evidente, no Direito de Família, onde se revelam as mais significativas modificações.” (*Novo Código Civil: estrutura do projeto e etapas de elaboração*, p. 2).

⁹³ Francisco Amaral, *Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro*, 208. Miguel Reale, comenta: “Essa opção constitucional implicou evidentemente reexame das emendas oferecidas por Nélson Carneiro, de tal maneira que foi feita plena atualização da matéria em consonância com as novas diretrizes da Carta Magna vigente, também no que se refere à *união estável*, a nova entidade familiar que surge ao lado do matrimônio civil, corrigindo-se o erro da legislação em vigor que a confunde com o concubinato.” (*Visão geral do projeto de Código Civil*, p. 27).

⁹⁴ Euclides Benedito de Oliveira; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Do direito de família*, p. 5.

⁹⁵ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 34.

1. princípio da dignidade humana; 2. princípio da monogamia; 3. princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; 4. princípio da igualdade e respeito às diferenças; 5. princípio da autonomia e da menor intervenção estatal; 6. princípio da pluralidade de formas de família; 7. princípio da afetividade. E, conclui: “Em outras palavras, tornou-se inconcebível construir qualquer doutrina, texto normativo ou jurisprudência para o Direito de Família sem que estejam contextualizados em uma concepção principiológica. É neste sentido o objetivo deste trabalho. Assim, enumerados sete princípios, considerados por nós, norteadores e fundamentais.”⁹⁶

Em sua topografia, esse Livro IV está subdividido em quatro títulos, os quais tratam dos seguintes temas⁹⁷: o primeiro alusivo ao direito pessoal da família, contendo as normas do casamento – celebração, validade e dissolução –, de proteção da pessoa dos filhos e das relações de parentesco. O seguinte contém o direito patrimonial familiar, onde se encaixam o regime de bens no casamento, o usufruto e administração dos bens de filhos menores, os alimentos – acabando com a controvérsia se esse direito era pessoal ou patrimonial⁹⁸, ao menos em seara legislativa – e, inovando, o bem de família, que na Codificação de 1916 era tratado na Parte Geral, quando da análise do livro Dos Bens. O Título III é rotulado por União Estável⁹⁹, todavia, contém apenas e tão-somente cinco

⁹⁶ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 138.

⁹⁷ Eduardo de Oliveira Leite leciona: “A matéria, como se depreende da leitura dos títulos, vem apresentada de forma mais sistematizada, notando-se um esforço do legislador de melhor operacionalizar a aplicação do Direito de Família. A grande divisão em matérias pessoais e patrimoniais atende a nova perspectiva constitucional trabalhada sobre valores existenciais do homem. Em primeiro lugar, o Código regula as relações pessoais relegando a um segundo plano as relações patrimoniais.” (*Direito civil aplicado: direito de família*), v. 5, p. 8).

⁹⁸ Orlando Gomes há muito apresentava as posições reinantes e sua opinião, lecionando assim: “A natureza do direito à prestação de alimentos é controvertida. Em três posições fundamentais se colocam os tratadistas: 1ª) a dos que o consideram ‘direito pessoal extrapatrimonial’; 2ª) a dos que o classificam como ‘direito patrimonial’; 3ª) a dos que lhe atribuem natureza mista, qualificando-o como um direito de ‘conteúdo patrimonial’ e ‘finalidade pessoal’ (...). A despeito dessas particularidades, não se pode negar a qualidade econômica da ‘prestação’ própria da ‘obrigação alimentar’, pois consiste no pagamento periódico, de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, cura e roupas. Apresenta-se, conseqüentemente, como uma relação patrimonial de crédito-débito; há um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica. A patrimonialidade do direito a alimentos é, desse modo, incontestável.” (*Direito de família*, p. 435-436).

⁹⁹ Rodrigo da Cunha Pereira afirma: “A inserção do título ‘União Estável’ no Livro de Família do novo Código Civil brasileiro talvez tenha sido a grande mudança feita neste novo diploma legal.” (Da união estável, p. 207). Euclides Benedito de Oliveira, contudo, obtempera a “impropriedade em destacar como título a união estável, quando deveria ser um dos subtítulos do ‘Direito Pessoal’, pois que forma acrescida de constituição da entidade familiar, em parêntese ao casamento. Talvez explique (embora não justifique) esse tratamento diferenciado o fato de a união estável não constar do projeto original, só vindo a merecer acolhida no *Novo Código* a partir das reformas aprovadas no Senado Federal, quando se deu sua alocação na parte final do texto anteriormente elaborado.” (*União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil*, p. 102 – destaque no original).

artigos (arts. 1.723 ao 1.727)¹⁰⁰ para tratar dos requisitos e efeitos dessa união familiar; todavia, não deixa de ser uma originalidade no Código Civil, pois no de 1916 esse temário era desconjurado! No último, estão encartadas a tutela e a curatela, sob o Título IV, relacionado ao direito protetivo ou assistencial.¹⁰¹

No casamento, consagrando o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges, houve alteração da idade núbil, que, tanto para o homem, como para a mulher, é alcançada aos dezesesseis anos. Disso decorreu o uso do patronímico, que a qualquer dos cônjuges (marido e mulher) está facultado assumir o do outro.¹⁰²

Quanto aos impedimentos matrimoniais, que eram qualificados em absolutamente dirimentes ou públicos – cujo casamento seria nulo –, relativamente dirimentes ou privados – casamento anulável – e proibitivos ou impeditivos – obrigatório o regime de separação de bens –, agora, impedimentos propriamente ditos são apenas os primeiros, ou seja, dirimentes absolutos, pois os então demais impedimentos são disciplinados, respectivamente, como incapacidade nupcial e causas suspensivas do matrimônio.

Com repercussão na seara processual, o Código Civil de 2002 também inovou, visto que, ao ser banido do sistema jurídico o artigo 222 do Código Civil de 1916, a figura do curador do vínculo nas ações de nulidade e de anulação de casamento deixou de ter existência; destarte, necessidade inexistente para a nomeação desse defensor nessas ações anulatórias, as quais, ainda pela nova redação empreendida ao artigo 475 do Código de Processo Civil, decorrente da Lei n. 10.352/2001, perdera o chamado recurso de ofício, ou seja, o necessário e obrigatório reexame da decisão monocrática.

¹⁰⁰ O Projeto de Lei n. 6.960 de 2002 estabelece outras redações para variados aspectos dos artigos 1.723, 1.725, 1.726 e 1.727; portanto, mantém intacto apenas o artigo 1.724 do Código Civil vigente.

¹⁰¹ Como anotado anteriormente, o instituto da ausência, que no Código Civil de 1916 estava no direito protetivo junto com a tutela e a curatela, na atual legislação está na Parte Geral, no Livro Das Pessoas.

¹⁰² É novidade no sistema jurídico brasileiro, porquanto, antes disso, a mulher é que assumia, compulsoriamente, ou não, o patronímico do seu marido, pois o Código Civil de 1916, em sua redação primária, dispunha: “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”. Essa descrição perdurou até 1962, quando foi editado o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121) e, depois, em 1977, com a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515), quando, como relata Antonio Carlos Marcato, “(...) mais uma vez alterou o mencionado artigo, acrescentando-lhe um parágrafo que tornou ‘facultativo’ o acréscimo, pela mulher, dos apelidos de família do marido” (O nome da mulher casada, p. 160). Antes dessa codificação, o Decreto n. 181/1890 dispunha “(...) em seu artigo 56, parágrafo 4º que dentre os efeitos do casamento estava o de conferir à mulher o direito de usar do nome de família do marido” (Ibidem, p. 159).

As causas de término e dissolução do matrimônio estão embutidas nesse Título, e são: a morte de um dos cônjuges; a nulidade e anulação do casamento; a separação judicial e o divórcio. Pede-se vênia para apreciá-las em outro capítulo deste trabalho, para elas exclusivo, igualmente quanto a aspectos – pessoais e patrimoniais – do próprio matrimônio, uma vez que mantêm intrínseca relação com o tema central deste trabalho, sugerindo um pouso e um repouso na viagem pelo Código Civil de 2002.

Nas relações de parentesco, impera outro princípio constitucional noticiado, qual seja, da plena igualdade entre os filhos, nada importando a origem dessa filiação – vinculada ou não a um casamento válido. Inédita é a presunção de paternidade decorrente de procriação assistida, inclusive *post mortem*.

O grau de parentesco, na linha colateral ou transversal, foi reduzido ao quarto grau, o equiparando ao limite hereditário contido na linha sucessória legítima colateral.

A adoção suportou inúmeras modificações, as quais demandariam um estudo monográfico exclusivo; destaque-se, contudo, que o procedimento para se adotar uma criança, um adolescente ou uma pessoa adulta são idênticos, ou seja, será sempre judicial e regrado com as diretrizes genéricas contidas no Código Civil de 2002. Ineficaz, assim, será a adoção por escritura pública lavrada na vigência desta novel legislação.

Pai e mãe são detentores, agora, do poder familiar¹⁰³ sobre as pessoas de seus filhos menores de dezoito anos de idade; a instituição pátrio poder do Código Civil de 1916 é rotulada, a partir de 2002, como poder familiar, por expressa sugestão de Miguel Reale.¹⁰⁴

No que se refere ao regime de bens no casamento, seu eminente aspecto patrimonial, desapareceu do mundo jurídico o regime dotal, surgindo outro, afora os demais que permaneceram, que é o da participação final nos aqüestos. A relevância maior,

¹⁰³ Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que a expressão poder familiar é mais apropriada que pátrio poder, mas, “ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. (...) ressalte-se que as legislações estrangeiras mais recentes optaram por *autoridade parental*.” (Do poder familiar, p. 141-142). Para Eduardo de Oliveira Leite, a expressão haveria de ser poder parental, pois se trata de poder dos pais, não da família (*Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 277).

¹⁰⁴ Miguel Reale, Visão geral do novo Código Civil, p. 16.

no entanto, fica centrada na possibilidade legítima que os cônjuges possuem de alterar o regime matrimonial; instituiu-se a mutabilidade do regime de bens no casamento, consoante requisitos e procedimentos dispostos na Lei Civil (art. 1.639, § 2º do CC/2002).¹⁰⁵

Quanto aos alimentos, afora a sua capitulação entre os direitos patrimoniais da relação familiar, o Código Civil de 2002 os apresenta de forma genérica, no mesmo capítulo, independente de sua origem, com a mesma disciplina; originado o relacionamento do parentesco, do matrimônio ou da união estável, o direito e a obrigação alimentícia possuem as mesmas características, requisitos e efeitos legais.

Sobre essa impensada unificação, Francisco José Cahali fundamenta sua decepção ao que está positivado: “Esta modificação estrutural, sem dúvida, repercute na interpretação das regras e princípios sobre a matéria, indicando venha a prevalecer o tratamento estritamente idêntico da pensão, independentemente da origem da obrigação. Daí, como se verá, restabelece entre os cônjuges a invalidade da renúncia à pensão e estende aos alimentos decorrentes do parentesco a transmissibilidade da obrigação alimentar.”¹⁰⁶

Yussef Said Cahali, ao discorrer sobre a transmissão do dever alimentar, leciona que, em face das contradições desconfortáveis que existiam nas normas legais vigentes, “era de se esperar que, na elaboração do novo Código Civil, a matéria viesse a ser estruturada de maneira clara e definitiva. Mas isto acabou não acontecendo, devido, em parte, à demorada tramitação do projeto, expondo-o no seu curso a diversas modificações do sistema do direito brasileiro através de farta legislação extravagante”.¹⁰⁷

Outro instituto patrimonial é o bem de família, cuja incorporação ao Livro de Família, como acima escrito, é novidade no Código Civil de 2002, visto que era disciplinado na Parte Geral. Podem ser seus objetos os bens imóveis ou valores mobiliários, cuja instituição é facultada aos cônjuges em prol de sua família, como a terceira pessoa. Ao felicitar sua disciplina na novel legislação, seguindo o Código Civil

¹⁰⁵ Não se pode descurar do disposto no artigo 2.039 do Código Civil de 2002: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”, cuja interpretação doutrinária e jurisprudencial é de suma importância.

¹⁰⁶ Francisco José Cahali, *Dos alimentos*, p. 182.

¹⁰⁷ Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 93.

italiano, Álvaro Villaça Azevedo afirma que essa instituição por terceiro é sua grande novidade.¹⁰⁸

A união estável rotula o Título III do Livro de Família no Código Civil de 2002 e, como narrado, sua tipificação, ainda que tímida, é inédita na codificação brasileira, pois o Código Civil de 1916 era desprovido de qualquer menção a direitos e obrigações fundados em relacionamentos extramatrimoniais.

Ao discorrer sobre a união estável no Código Civil de 2002, Francisco José Cahali patenteia que “a expressiva modificação, talvez até desconhecida pelo relator quando introduzido o texto, consiste em ter sido adotado, como regra para o efeito patrimonial da relação, o regime da comunhão parcial de bens”.¹⁰⁹

Registre-se que leis especiais trataram dessa matéria, especificamente a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulando os direitos alimentares e sucessórios entre os companheiros, e Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentando o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, o qual reconhece a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar.

Há controvérsias sobre a derrogação ou ab-rogação dessas normas pela Lei Civil de 2002¹¹⁰, em cujo mérito dessas divergências não se adentrará, porque se desviaria do

¹⁰⁸ Álvaro Villaça Azevedo, *Do bem de família*, p. 198 e 200.

¹⁰⁹ Francisco José Cahali, *Contrato de convivência na união estável*, p. 280.

¹¹⁰ Euclides Benedito de Oliveira, ao comentar o artigo 226 da Constituição Federal, relata que, em seu cumprimento, editaram-se as leis especiais acima mencionadas, as quais, segundo seu entender, estão revogadas, “em face da inclusão da matéria no âmbito do *Novo Código Civil*, que lhe dedica o Título III do Livro IV, artigos 1.723 a 1.727, e disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694) e do direito sucessório do companheiro (art. 1.790)” (*União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil*, p. 101-102 – destacado no original). Em posição contrária, afirmando vigência, está o estudo de Ana Luiza Maia Nevares, que assim justifica: “Vale mencionar, ainda, o enunciado n. 117, proposto pela autora do presente livro juntamente com os professores Gustavo Tepedino e Guilherme Calmon Nogueira Gama, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça, que contém a seguinte redação: Enunciado n. 117 – Artigo 1.831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, *caput* da Constituição Federal de 1988.” (*A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*, p. 177). Aliás, o Projeto de Lei n. 4.944/2005 pretende estender o direito real de habitação aos companheiros. Pela derrogação (revogação parcial) das ditas leis especiais pronuncia-se Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, mormente no que tange ao direito sucessório (*Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, p. 164), no que é secundada por Miguel Reale (Cônjuges e companheiros, p. 2). O Projeto de Lei n. 6.960 de 2002, ao empreender nova redação ao artigo 2.045 do Código Civil vigente, revoga expressamente as Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96.

foco central da proposta inicial; entretanto, é imperiosa a descrição conclusiva de Francisco José Cahali: “Por fim, promovida a leitura do título dedicado à união estável, merece registro nossa convicção de que, pelas modificações propostas, melhor seria o silêncio do Código a respeito da união estável, deixando íntegra a moderna legislação existente, já em fase de sedimentação de sua exegese, do que a inserção de novas regras conflitantes, em parte, com as anteriores, gerando a desgastante incerteza social a respeito dos efeitos jurídicos da relação e da subsistência ou não das leis em vigor.”¹¹¹

O codificador de 2002 efetivamente foi tímido ao disciplinar a união estável, pois destinou só cinco artigos para tratar dos requisitos e efeitos dessa entidade familiar, o que é pouco, uma vez que todos os aspectos pessoais e patrimoniais dessa união estão aí inseridos, salvante o direito sucessório hereditário, embutido em seara específica, como se verá¹¹². Decerto, mais ortodoxo e menos causador de conflitos, poderia ter acolhido em seu texto os teores das sobreditas leis especiais, atualizando-as e lapidando-as consoante os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários pacificados sobre o assunto. A estabilidade social poderia estar amparada, se assim o fosse.

Duas ressalvas merecem este tópico: primeiro, o regime de bens da união estável, no silêncio dos companheiros, será o da comunhão parcial, “sem disciplinar, entretanto, a forma, requisitos e regime jurídico dessa convenção, mesma omissão contida na Lei n. 9.278/96 e que tantos problemas vem causando”, esclarece Nelson Luiz Pinto, e acrescenta, ao discorrer sobre a conversão dessa união em casamento, “que o pedido seja formulado em juízo, e não diretamente ao cartório de registro civil, como hoje disciplina a Lei n. 9.278/96”.¹¹³

¹¹¹ Francisco José Cahali, *Contrato de convivência na união estável*, p. 284-285.

¹¹² Rodrigo da Cunha Pereira, Da união estável, p. 208. Assinala Marco Túlio Murano Garcia que “(...) parece oportuno observar que o NCCB, data vênha, não regulou aspectos importantes da união estável”, tais como o uso do nome pelo convivente, o registro do contrato, as causas de dissolução da união, dentre outras (União estável e concubinato no novo Código Civil, p. 44). Ana Luiza Maia Nevares completa: “De fato, ao ser incluída a união estável no Projeto do Código Civil de 2002, não houve uma real apreensão do instituto, com todas as suas peculiaridades e diferenciações em relação ao casamento. Por esta razão, encontram-se no novo Código disciplinas discriminatórias e aproximações apressadas, sem uma profunda reflexão sobre o devido tratamento que deveria ser dispensado às uniões livres” (*A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*, p. 195).

¹¹³ Nelson Luiz Pinto, O direito de família no projeto do Código Civil, p. 27.

O último título do Direito de Família (Título IV) cuida do direito protetivo ou assistencial, tendo a tutela e a curatela como seus institutos-espécies.¹¹⁴

Na tutela, permanecem as mesmas três espécies: testamentária, legítima e dativa. As novidades pujantes são que a nomeação de tutor por testamento é faculdade exclusiva dos pais, e em conjunto, vedado do exercício desse direito por qualquer outro parente do menor¹¹⁵; e, quanto ao tutor indicado pela lei, a preferência é pelo parentesco avoengo de grau mais próximo, sem qualquer predileção pela linhagem paterna ou materna, nem mesmo o parentesco masculino ou feminino.

Figura gerada pela novel legislação é a do protutor, pessoa de confiança do juiz de direito, por ele nomeada, com a incumbência de auxiliá-lo, “fiscalizando a atuação do tutor e informando o magistrado sobre qualquer descuido ou malversação dos bens (...)”.¹¹⁶

Destaque-se, outrossim, a possibilidade concedida ao tutor de, em casos e situações específicas, mormente quando conhecimentos técnicos forem imprescindíveis, delegar a terceira pessoa, física ou jurídica, o exercício parcial do encargo tutelar, nos ditames do artigo 1.743 do Código Civil de 2002.

A curatela finaliza esse Livro de Família.

Original é o artigo 1.780 do Código Civil de 2002, ao permitir a curatela do enfermo ou do portador de deficiência física, sobre o qual comentam Antonio Carlos Malheiros e Marcial Barreto Casabona: “Aqui tem-se forte modificação no instituto da curatela. Tradicionalmente, a interdição é do portador de deficiência mental. O novo artigo amplia o instituto, nele dando guarida ao enfermo em geral – físico ou psíquico e ao deficiente físico”¹¹⁷. Francisco José Cahali, ao atualizar o livro sobre direito de família de Sílvio Rodrigues, ratifica a inovação e assinala o desvirtuamento do instituto, pois nomear-

¹¹⁴ O instituto da ausência, como mencionado, no Código Civil de 1916 contido estava no direito protetivo; no de 2002, é estudado na Parte Geral do Código, no Livro das Pessoas.

¹¹⁵ Marcos Nogueira Garcez esclarece que “a possibilidade de os avós instituírem tutores para os netos, resquício do direito romano, é geralmente criticada pelos comentaristas, a partir de Clóvis” (*Adoção e tutela*, p. 31).

¹¹⁶ Antônio Carlos Mathias Coltro, *Da tutela*, p. 246.

¹¹⁷ Antonio Carlos Malheiros; Marcial Barreto Casabona, *Da curatela*, p. 261.

se-á curador, eventualmente, a pessoa plenamente capaz – com total capacidade civil –, apenas com deficiência física, mesmo que momentânea.¹¹⁸

No que tange à prodigalidade, cuja curatela permanece válida e eficaz, destaca-se que os artigos 460 e 461, ambos do Código Civil de 1916¹¹⁹, não foram reprisados no novel Códex, do que se conclui que a condição matrimonial ou parental para que se proceda a interdição do pródigo inexistente. Com efeito, havendo prodigalidade, qualquer que seja a situação civil do pródigo, poder-se-á nomear-lhe um curador, com a prévia interdição.

¹¹⁸ Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 418.

¹¹⁹ “Artigo 460 - O pródigo só incorrerá em interdição, havendo cônjuge, ou tendo ascendentes ou descendentes legítimos, que a promovam. Artigo 461 - Levantar-se-á a interdição, cessando a incapacidade, que a determinou, ou não existindo mais os parentes designados no artigo anterior. Parágrafo único - Só o mesmo pródigo e as pessoas designadas no artigo 460 poderão argüir a nulidade dos atos do interdito durante a interdição.”

2 OS FUNDAMENTOS DA CIDADANIA E DIGNIDADE

O estudo contemporâneo do direito, inclusive do direito civil, mormente, do de direito de família, exige que se perpasse pelo direito constitucional, haja vista a consciência doutrinária e jurisprudencial sobre a constitucionalização do ramo civil do direito, donde os princípios constitucionais são norteadores da hermenêutica das relações pessoais, patrimoniais e familiares hordiernas, como ressalta Maria Celina B. M. Tepedino: “(...) a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais”. Mais adiante enfatiza: “A aplicação direta das normas constitucionais nas relações interprivadas tem sido realizada, atualmente, pela doutrina e pela jurisprudência, no que se refere a inúmeros institutos do direito civil, da propriedade ao direito de família, das sucessões à responsabilidade civil. Mais os Tribunais do que os juristas têm procedido à ingente e imperiosa tarefa de reler o Código Civil e as leis especiais civis à luz da Constituição Federal.”¹²⁰

Em idêntico pensar expressa-se Caio Mário da Silva Pereira: “Neste novo sistema de interpretação destacam-se os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem aos interesses particulares, prevalecendo a ‘constitucionalização do Direito Civil’, sobretudo no âmbito da família.”¹²¹

Nesse contexto, imprescindível é a análise, mesmo que perfunctória, acerca dos princípios constitucionais fundamentais pertinentes ao aqui desenvolvido, ainda que o fulcro do trabalho esteja relacionado a outro temário.

A Constituição da República Federativa do Brasil – promulgada em 5 de outubro de 1988 – estabelece em seu Preâmbulo¹²² que o Estado Democrático instituído tem por

¹²⁰ Maria Celina Bodim Moraes Tepedino, *A caminho de um direito civil constitucional*, p. 29-30.

¹²¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Apresentação*, in *Direito de família e o novo Código Civil*, p. vi.

¹²² Inolvidável a concepção doutrinária de que “o preâmbulo da Constituição não tem força obrigatória, destina-se simplesmente a indicar a intenção do constituinte. Por esta razão deve ser levado em conta quando da interpretação das normas constitucionais. (...) O preâmbulo da Constituição brasileira contém simplesmente afirmações de princípios. Estas desenham um ideal mas não fixam normas obrigatórias. No preâmbulo, ademais, fica bem claro o caráter compósito da inspiração da Constituição de 1988” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, v. 1, p. 15). Alertam outrossim Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que, conquanto tenha-se rogado a proteção de Deus na promulgação da Constituição Federal de 1988, isso “não significa que o Estado brasileiro seja religioso” (*Curso de direito constitucional*, p. 69).

finalidade “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, proclamando outrossim, em seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”

Rodrigo da Cunha Pereira anota que “(...) todos os países que pretendem ter uma Constituição democrática têm, necessariamente, que trazer em seus princípios a dignidade da pessoa humana, sustentáculo dos Direitos Humanos, afinal declarados e reconhecidos pela Assembléia da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948. Os Direitos Humanos são indissociáveis da democracia e, conseqüentemente, da cidadania”.¹²³

Afora os sobreditos fundamentos, a Carta Federal brasileira relaciona outros princípios constitucionais, inclusive os nomenclaturados por direitos e garantias fundamentais, os quais estão explicitamente relacionados no artigo 5º do mesmo Texto Maior, e ainda os a eles implicitamente inerentes¹²⁴, todos os quais serão imprescindíveis como vetores e guias na laboração de novos textos legislativos, e como material hermenêutico de normas e regras constitucionais e infraconstitucionais.¹²⁵

Para este trabalho, dentre os sobreditos fundamentos, destaca-se o *princípio da dignidade da pessoa humana*, que “(...) é o fundamento do Estado Democrático de Direito e o cerne de todo o ordenamento jurídico”, na lição de Maria Helena Diniz¹²⁶, o qual, como se verificará, servirá de guia-mor na interpretação das variadas situações, lacunas e

¹²³ Rodrigo da Cunha Pereira, Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social, p. 5.

¹²⁴ Constituição Federal: “Artigo 5º - (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹²⁵ Maria Celina Bodim Moraes Tepedino comenta: “Ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico.” (A caminho de um direito civil constitucional, p. 29). Especificamente aos relacionamentos de ordem familiar, o legislador constituinte foi enfático e determinante, pois expressamente impôs a utilização do princípio da dignidade como vetor interpretativo, consoante se infere da mera leitura dos seguintes dispositivos da Constituição Federal: artigos 226, parágrafo 7º, 227, caput e 230, caput.

¹²⁶ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, p. 17.

dispositivos legais, seja em seara infra ou mesmo constitucional, postando-se como verdadeiro macroprincípio, ou seja, “(...) é hoje um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da idéia e conceito de dignidade”.¹²⁷

Outro fundamento que será retratado é o *princípio da cidadania*, diretamente relacionado à pessoa humana, como condutor e garantidor dos direitos a ela inerentes, os quais hão de ser preservados e respeitados, seja por ela própria, por terceiros, pela família, pela sociedade e, principalmente, pelo próprio Poder Público.

Por derradeiro, narra Gustavo Tepedino: “A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CF), fundamentos da República, e a adoção do princípio da igualdade substancial (art. 3º, III), ao lado da isonomia formal do artigo 5º, bem como a garantia residual estipulada pelo artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte.”¹²⁸

2.1 Fundamentos constitucionais

Antes de analisar os significados jurídicos de cidadania e dignidade na sistemática brasileira, há que discorrer algumas tintas sobre o que se compreende por fundamentos da República e por princípios e garantias fundamentais.

Princípio, com origem no latim *principium, principii*, no aspecto etimológico, “encerra a idéia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer. (...) Por igual modo, em qualquer Ciência, ‘princípio’ é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a ‘pedra angular’ de qualquer sistema.”¹²⁹ Deveras, em sua

¹²⁷ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 67-68.

¹²⁸ Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, p. 47.

¹²⁹ Roque Antonio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 25-26.

concepção coloquial, principiar significa começar alguma coisa, iniciar atividades, enfim, dar os primeiros contornos para que se galgue o fim almejado.

Em seara jurídica, lembra Miguel Reale que a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, concede ao magistrado a utilização dos princípios gerais de direito como regras de integração e interpretação de eventual lacuna normativa, entretanto complementa: “Na realidade, não precisava dizê-lo, porque é uma verdade implícita e necessária. O jurista não precisaria estar autorizado pelo legislador a invocar princípios gerais, aos quais deve recorrer sempre, até mesmo quando encontra a lei própria ou adequada ao caso. Não há ciência sem princípios, que são verdades válidas para um determinado campo de saber, ou para um sistema de enunciados lógicos. Prive-se uma ciência de seus princípios, e tê-la-emos privado de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes.”¹³⁰

Aliás, ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo que “essa regra da LICC há de ser interpretada ‘em conformidade com a Constituição’, ou seja, apenas em relação aos princípios gerais que não sejam constitucionais, pois estes não são supletivos, mas conformadores da lei”.¹³¹

Os princípios jurídicos são demarcações genéricas, mesmo que não escritas, cujo fim é direcionar a normatização do direito, dando-lhe suporte para sua validade e eficácia no mundo do direito, não somente, como acima anotado, com o escopo de suprir a lacuna legal. É o princípio geral preexistente à norma e, como tal, esta há de ser elaborada consoante suas delimitações.

Francisco Amaral doutrina o seguinte: “Os princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamental e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios. Dado o seu caráter indeterminado, os princípios são de difícil conceituação, donde a necessária referência às suas concretizações, como, por exemplo, o

¹³⁰ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, p. 62.

¹³¹ Paulo Luiz Netto Lôbo, *De frente para a Constituição*, p. 3.

princípio da autonomia privada, o da boa-fé, o da confiança, o do consensualismo, o da força obrigatória do contrato etc.”¹³²

Nesse instante, há que ser transcrita a narrativa de Roque Antonio Carrazza, com descrição pragmática: “Usando, por comodidade didática, de uma analogia que é sempre feita por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruirmos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc. estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes *alicerces* e estas *vigas mestras* são os princípios jurídicos ora objeto de nossa atenção.”¹³³

Especificamente no âmbito constitucional, os princípios são os parâmetros impostos, explícita ou implicitamente pelo constituinte, como vetores, norteadores e verdadeiras regras gerais de interpretação de todo o sistema legislativo, infra e constitucional; são eles os guias-mores, a luz que ilumina todo o caminhar do contexto jurídico, desde a fase primária de elaboração do texto legal – etapas de anteprojeto – até o momento de efetiva aplicação da norma, direcionando o seu intérprete e aplicador.¹³⁴

Qualquer instituto jurídico, mesmo que desvinculado diretamente do constitucional, há de ter como suporte interpretativo os princípios estatuídos na

¹³² Francisco Amaral, *Direito civil*: introdução, p. 92.

¹³³ Roque Antonio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 27.

¹³⁴ Potyguara Gildoassu Graciano obtempera: “Assim sendo, os princípios são encontrados em todos os níveis da pirâmide jurídica. É óbvio que os princípios constitucionais ocupam lugar de destaque porque estão contidos na Constituição, fundamento e outras leis. Os princípios são o fundamento de outras normas” (*Princípio da dignidade da pessoa e direitos humanos*, p. 24).

Constituição da República, pois esses são as bases, os alicerces da construção de um sistema legislativo coeso e coerente, formando um todo harmônico entre si.

Os princípios constitucionais, com efeito, embasam a formação do sistema jurídico, infra e constitucional, ao mesmo tempo em que delineiam e orientam a interpretação de todo e qualquer instituto jurídico; indevida é a instituição de uma regra normativa que contrarie as disposições de um princípio constitucional, como será imprescindível a aferição de todos esses princípios para se extrair a sua real aplicabilidade, sob pena de se contrariar as diretrizes principiológicas e fulminá-la com a inconstitucionalidade.

Doutrinam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que “os princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema. Fazendo isso estaremos identificando os princípios constitucionais”.¹³⁵

Paulo Bonavides afirma outrossim que, com a acolhida dos princípios gerais pela Constituição, converteram-se em princípios constitucionais, e, como tal, “(...) postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos (...). Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas”.¹³⁶

Anota José Afonso da Silva que os princípios constitucionais podem ser resumidos em duas categorias: os princípios políticos e os jurídicos, e leciona que os primeiros “constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo”, enquanto os princípios jurídico-constitucionais são “*princípios constitucionais gerais* informadores da ordem

¹³⁵ Luiz Alberto David Araujo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, p. 60.

¹³⁶ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 289-290. Caio Mário da Silva Pereira comenta: “Ao mesmo tempo que os direitos fundamentais passaram a ser dotados do mesmo sentido nas relações públicas e privadas, os princípios constitucionais sobrepuseram-se à posição anteriormente adotada pelos *Princípios Gerais do Direito*.” (Apresentação, in *Direito de família e o novo Código Civil*, p. vi).

jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais (...).¹³⁷

Os princípios fundamentais, que são os sobreditos princípios político-constitucionais¹³⁸, estão arrolados entre os artigos 1º e 4º da Constituição Federal de 1988, dentre os quais merecem realce para este trabalho, além do da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. II e III), a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, os quais são enfocados como objetivos fundamentais (art. 3º, incs. I e IV), e, por derradeiro, a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, inc. II).

Anota Gustavo Tepedino, em análise a esses dispositivos constitucionais, o seguinte: “Tais preceitos, inseridos como foram no Título I, compõem os princípios fundamentais da República, os quais, segundo a técnica adotada pelo constituinte, precedem, topográfica e interpretativamente, todos os demais capítulos constitucionais. Vale dizer, a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, como supremacia sobre todas as demais normas jurídicas.”¹³⁹

Fixados esses parâmetros, mormente, quanto à diretriz interpretativa dos princípios constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, faz-se mister a análise mais detida dos fundamentos de cidadania e da dignidade da pessoa humana, porquanto, como enfoca Flávia Piovesan, “dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III CF/88). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos

¹³⁷ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 97.

¹³⁸ *Ibidem*, mesma página.

¹³⁹ Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, p. 67.

direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”.¹⁴⁰

2.2 A cidadania

O primeiro desses princípios fundamentais a ser apreciado, até pela descrição topográfica na Constituição Federal, será o da *cidadania* (art. 1º, II da CF)

A premente e primordial indagação sobre esse fundamento é justamente decifrar qual é o seu verdadeiro significado no contexto constitucional hodierno, a ponto de ser um dos fundamentos da República Federativa brasileira.

O Estado, como pessoa jurídica de direito público, é composto por pessoas, sobretudo pessoas humanas (físicas), as quais compõem o seu povo¹⁴¹, no caso específico, o povo brasileiro. Em face disso, qual a interligação existente entre povo e cidadania?

Numa primeira concepção, a cidadania está diretamente vinculada à nacionalidade, uma vez que povo pode ser conceituado “(...) como o *conjunto dos cidadãos do Estado*”; destarte, complementa Dalmo de Abreu Dallari, “o indivíduo, que no momento mesmo de seu nascimento atende aos requisitos fixados pelo Estado para considerar-se integrado nele, é, desde logo, cidadão”.¹⁴²

Em outra acepção, a cidadania refere-se ao exercício dos direitos políticos, sendo cidadão a pessoa que legalmente possui condições de votar e ser votado – escolher e ser

¹⁴⁰ Flávia Piovesan, Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988, p. 49. Paulo Bonavides, lembrando a lição de Gordillo Cañas, afirma que “(...) a Constituição incorpora uma *ordem objetiva de valores*, qual acontece, segundo ele, desde que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade entram a figurar como esteios da *ordem política e da paz social*” (*Curso de direito constitucional*, p. 290).

¹⁴¹ Ensina Dalmo de Abreu Dallari que povo é “o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano” (*Elementos de teoria geral do estado*, p. 88).

¹⁴² Ibidem, mesma página.

escolhido para exercer legitimamente os poderes políticos; essa cidadania é denominada por Dalmo de Abreu Dallari de cidadania ativa.¹⁴³

A terceira conotação é apresentada por Hannah Arendt, para quem cidadania é o direito a ter direitos, “(...) pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é este acesso ao espaço público – *o direito de pertencer a uma comunidade política* – que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos”.¹⁴⁴

Com efeito, nesse ponto, cidadania é o poder inerente a toda pessoa humana de ter e ser titular de direitos na órbita fática e jurídica, podendo exercê-los consoante os ditames legais.

Por essas narrativas, extrai-se a ilação de que o fundamento da República Federativa do Brasil quanto à cidadania (art. 1º, II da CF) está intimamente vinculado à concepção externada por Hannah Arendt, de que “cidadania é o direito a ter direitos”, sobretudo porque, no artigo 5º, *caput* da Carta Magna, garantem-se os direitos e deveres individuais não só aos brasileiros natos ou naturalizados – nacionais –, mas também aos estrangeiros residentes no Brasil.

Celso Lafer, em análise aos pensamentos de Hannah Arendt, informa que toda e qualquer pessoa humana possui direitos inerentes a essa exclusiva condição de ser humano, denominados de direitos humanos, sendo a cidadania, na narrada concepção – “direito a ter direitos” –, o primeiro direito humano da pessoa.¹⁴⁵

¹⁴³ Dalmo de Abreu Dallari esclarece que “(...) o Estado pode estabelecer determinadas condições objetivas, cujo atendimento é pressuposto para que o cidadão adquira o direito de participar da formação da vontade do Estado e do exercício da soberania. Só os que atendem àqueles requisitos e, conseqüentemente, adquirem estes direitos, é que obtêm a condição de *cidadãos ativos*” (Ibidem, mesma página).

¹⁴⁴ Celso Lafer. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*, p. 114.

¹⁴⁵ Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 151 e 153. Conclui esse tópico com a seguinte assertiva: “O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.” (Ibidem, p. 166).

Também anota Alexandre de Moraes que a cidadania “representa um *status* do ser humano, apresentando-se, simultaneamente, como objeto e direito fundamental das pessoas”.¹⁴⁶

Luiz Edson Fachin oferece perquirição sobre a simetria entre o Código Civil de 2002 e o princípio fundamental da cidadania, com a respectiva solução: “A pergunta é: qual é a contribuição da nova codificação para a superação dos dilemas que enfrenta a realização da cidadania no Brasil? Pode-se dizer que debater por 25 anos um novo Código Civil faz parte do legado brasileiro, pois o projeto Beviláqua teve 16 anos de debate no Congresso. Mas, a questão fundamental, no plano da cidadania, é questionar para quem se dirige o novo Código. Tal interrogação compete ao exercício da cidadania como a define o Código: todos aqueles capazes de adquirir direitos e contrair obrigações, como comprar, vender, trabalhar, constituir família, testar, herdar, possuir e ser proprietário, e assim por diante. Eles, os portadores de direitos civis, enfim, os cidadãos.”¹⁴⁷

A cidadania, como princípio fundamental, está direta e intimamente ligada à nacionalidade, mas não só a ela, da qual transcende, porquanto esse direito humano básico e primordial há que ser garantido aos brasileiros e estrangeiros ocupantes do território brasileiro; destarte, nesse enfoque, o fundamento cidadania refoge a mera concepção nacionalista, ultrapassando seus limites, ao garantir o direito a ter todos os direitos humanos protegidos a toda e qualquer pessoa humana, a todo cidadão, independente de sua nacionalidade, cuja exclusiva condição, no caso concreto, é residir no Brasil.

É fundamento republicano, assim, garantir a todo e qualquer cidadão brasileiro e, também, a todo e qualquer cidadão estrangeiro residente no Brasil, o direito a ter e exercer os seus direitos, o que há de valer como critério norteador e interpretativo de todos os textos legais, em âmbito infra ou constitucional, pois a cidadania há de ser o direito primevo, elementar, básico de toda pessoa humana, pela só condição de ser humano.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, p. 60.

¹⁴⁷ Luiz Edson Fachin, *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 8.

¹⁴⁸ Em suas encíclicas sociais, afirmava o Papa João XXIII: “Em uma convivência humana bem constituída e eficiente, é fundamental o princípio de que cada ser humano é pessoa, isto é, natureza dotada de inteligência e vontade livre. Por essa razão, possui em si mesmo direitos e deveres, que emanam direta e simultaneamente de sua própria natureza. Trata-se, por conseguinte, de direitos e deveres universais, invioláveis, e inalienáveis.” (*As encíclicas sociais de João XXIII*, v. 2, p. 585).

Decifrado, pois, o significado do princípio da cidadania no Texto Constitucional, há que se partir para a análise do inciso seguinte.

2.3 A dignidade da pessoa humana

O princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III da CF), demanda um discurso com mais vagar e cauteloso, ante a sua primazia no contexto hermenêutico contemporâneo; tanto assim o é que adjetivações várias são apostas com o intuito de evidenciar essa supremacia: macroprincípio¹⁴⁹, superprincípio¹⁵⁰, direito-mãe¹⁵¹, norma das normas dos direitos fundamentais¹⁵², razão de ser do direito¹⁵³, ou ainda, nas palavras de Fábio Konder Comparato, o princípio de valor supremo¹⁵⁴, dentre tantas qualificações.

No sentido léxico, dignidade significa honestidade, honra, respeitabilidade, decência, decoro, amor-próprio, brio¹⁵⁵, ou seja, o ser humano viverá com dignidade desde que sejam respeitados todos os direitos inerentes à sua personalidade, tais como o direito à vida, honra, liberdade, igualdade, educação, família, trabalho, etc.¹⁵⁶

Em seara jurídica, De Plácido e Silva anota que o vocábulo deriva “do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a ‘qualidade moral’, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. (...) Mas, em

¹⁴⁹ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 68.

¹⁵⁰ Flávia Piovesan, *Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988*, p. 50.

¹⁵¹ Rodrigo Meyer Bornholdt, *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, p. 80.

¹⁵² Paulo Bonavides, Prefácio, in Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 14.

¹⁵³ Rosa Maria de Andrade Nery, *Noções preliminares de direito civil*, p. 114.

¹⁵⁴ Fábio Konder Comparato, *O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos*, p. 23. Rolf Madaleno referenda a designação suprema desse princípio, acrescentado que é o “(...) ponto de partida da existência humana e como direito natural do cidadão, não aceita qualquer espécie de transigência” (*Direito de família em pauta*, p. 63).

¹⁵⁵ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 589.

¹⁵⁶ Regina Beatriz Tavares da Silva leciona: “Para a preservação da dignidade é indispensável a proteção aos direitos da personalidade, que têm como objeto os atributos físicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, compondo-se de valores inatos, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra, o nome.” (Novo Código Civil: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento, p. 122).

sentido jurídico, também se entende como a ‘distinção’ ou ‘honraria’ conferida a uma pessoa, consistente em ‘cargo’ ou ‘título’ de alta graduação”.¹⁵⁷

Grande parte da doutrina, mormente da filosófica, atribui a Immanuel Kant a alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo quando reconhece o homem – a pessoa humana – como sujeito de direito, detentor do poder de exercer seus direitos, e ser a verdadeira finalidade do ordenamento jurídico, desnaturando-o de qualquer concepção valorativa, quantitativa, impossibilitando-o de figurar como objeto de direito, senão como verdadeiro, típico e único sujeito desse direito.

O discurso de Kant é imperativo, ao afirmar que todo ser humano, que é racional, persegue uma finalidade que lhe é imanente e precípua, qual seja, a sua felicidade¹⁵⁸; com isso, pondo o homem como fim, não como mero objeto, aduz: “Se, pois, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que respeita à vontade humana, então tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque é ‘fim em si mesmo’, faça um princípio ‘objectivo’ da vontade, que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é: ‘A natureza racional existe como fim em si’. (...) O imperativo prático será pois o seguinte: ‘Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio’.”¹⁵⁹

Mais adiante, complementa: “(...) ‘dignidade’ de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como ‘equivalente’; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”¹⁶⁰ – destacado no original.

A pessoa humana, com efeito, só pelo fato de ser um ser humano, ostenta dignidade, o que induz a impossibilidade de ser valorada, ou seja, é inadmissível a sua quantificação monetária, resultando na inviabilidade de configurar como objeto de direito,

¹⁵⁷ José Oscar De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, v. 2, p. 72.

¹⁵⁸ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 52.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 69.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 77.

mas sim sempre na posição de sujeito do direito; a finalidade do direito é satisfazer os interesses da pessoa humana, priorizando sua dignidade.

Sintetiza José Afonso da Silva: “A filosofia kantiana mostra que o ‘homem’, como ser racional, ‘existe’ como fim em si, e ‘não simplesmente como meio’, enquanto os seres, desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de ‘meios’, eis por que se lhes chamam ‘coisas’.”¹⁶¹

Com essas significações, leiga e jurídica, e a narrativa histórico-kantiana da dignidade da pessoa humana, merece ela a adequada complementação, mormente em seara do direito constitucional.

A Constituição do Brasil de 1988 é a primeira a retratar e garantir especificamente os direitos humanos aos brasileiros e aos estrangeiros nele residentes, com expressa menção à dignidade da pessoa humana como fundamento da República¹⁶². Todavia, a primeira Constituição a positivar esse princípio como direito fundamental foi a da Alemanha¹⁶³ (“Artigo 1º, n. 1 - A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”¹⁶⁴). Outras normas constitucionais trilham o mesmo caminho, tais como a Constituição de Portugal (“Artigo 1º - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”) e da Espanha (“Artigo 10, n. 1 - A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”).¹⁶⁵

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembléia das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, desde então refere-se em seu artigo I à

¹⁶¹ José Afonso da Silva, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, p. 90. Ingo Wolfgang Sarlet enaltece a “(...) vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano (que é fim, e não meio)” (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 137). O Papa João XXIII afirma: “Todo o ser humano tem direito natural ao respeito de sua dignidade e à boa fama” (*As encíclicas sociais de João XXIII*, v. 2, p. 585).

¹⁶² Flávia Piovesan, Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988, p. 47.

¹⁶³ Lei Fundamental GrundGesetz, 23 de maio de 1949 (Flávia Piovesan, ob. cit., p. 48).

¹⁶⁴ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 89.

¹⁶⁵ Ibidem, mesma página.

dignidade do homem, nestes termos: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. O parágrafo inaugural de seu Preâmbulo dispõe: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”, com explícita garantia de dignidade a todo ser humano, pelo fato, simples e único, de pertencer à classe de pessoa humana, sem qualquer outra condição ou consideração.

Flávia Piovesan leciona que essa Declaração Universal é o marco primordial da reconstrução dos direitos humanos, mormente por introduzir a vigente concepção desses direitos, a qual se caracteriza pela universalidade e indivisibilidade, explicando seus delineamentos: “Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.”¹⁶⁶

Em 22 de novembro de 1969, aprovou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que “(...) tem como propósito a consolidação no Continente Americano da aplicação de um regime de liberdades pessoais e justiça social, a ser alcançado com reafirmação nas instituições democráticas dos direitos humanos fundamentais”¹⁶⁷ e cujo artigo 11 trata do direito à honra e à dignidade.

Com a empreitada de aclarar as características ou os componentes elementares do princípio da dignidade da pessoa humana, para, ao final, ofertar uma conceituação jurídica, não obstante a aventada dificuldade de definição, há que se prosseguir com sua descrição

¹⁶⁶ Flávia Piovesan, *Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988*, p. 43.

¹⁶⁷ Daniela Rodrigues Valentim; Roberto Mendes Mandelli Júnior, *Convenção Americana de Direitos Humanos*, p. 324.

constitucional, sobretudo com a perquirição de sua sistemática no contexto doutrinário contemporâneo.

Ao discorrer sobre esse princípio fundamental, Alexandre de Moraes narra que ele “(...) concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”¹⁶⁸. Em outro texto doutrinário, complementa: “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem ‘menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos’.”¹⁶⁹

José Afonso da Silva sintetiza que a “‘dignidade da pessoa humana’ é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁷⁰, acompanhando-o até a sua morte, “por ser da essência da natureza humana.”¹⁷¹

José Joaquim Gomes Canotilho, no estudo do direito constitucional português, doutrina com o seguinte fundamento: “Trata-se do ‘princípio antrópico’ que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastēs et factor*). Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais. (...) A pessoa ao serviço da qual está a República também pode ‘cooperar’ na República, na

¹⁶⁸ Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 41.

¹⁶⁹ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, p. 60.

¹⁷⁰ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 109.

¹⁷¹ José Afonso da Silva, *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, p. 93.

medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de ‘cidadão’, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida.”¹⁷²

José Cretella Júnior, por lado, afirma: “O *ser humano*, o homem, seja de qual origem for, sem discriminação de raça, sexo, religião, convicção política ou filosófica, tem direito a ser tratado pelos seus semelhantes como ‘pessoa humana’, fundando-se o atual Estado de Direito em vários atributos, entre os quais se inclui a ‘dignidade’ do homem, repellido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem.”¹⁷³ (destaque no original).

Depreende-se que a dignidade da pessoa humana é imanente ao ser humano, pelo simples fato de ser uma pessoa humana, “(...) independente de sua pertença a um determinado grupo, classe ou raça”¹⁷⁴, cuja garantia e proteção está intimamente ligada à existência de personalidade jurídica, a qual aflora com o nascimento do ser humano com vida, e que, por conseguinte, acompanhá-lo-á até sua morte.

Com efeito, desde o nascimento até o óbito, todo e qualquer ser humano tem direito a viver dignamente.

Todo e qualquer ser humano, por isso, tem o direito de ver tutelada a dignidade de sua vida, ou seja, merece viver (direito à vida), mas não só, e sim que essa vida seja digna, composta inclusive pelos elementos que integram os direitos da personalidade do homem, a qual, segundo Sílvio Marques Júnior é “fundamento de todos os direitos essenciais, é formada pelo conjunto de condições de que dependem o respeito, a conservação e o desenvolvimento da personalidade em todas as suas modalidades ou manifestações. É por esse motivo que a personalidade nada mais é do que um conjunto de direitos essenciais”.¹⁷⁵

¹⁷² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 219. Alerta José Afonso da Silva que o estudo da doutrina portuguesa “é muito importante para a boa compreensão de nossa própria Constituição, que sofreu, como dissemos, profunda influência da Constituição da República Portuguesa de 1976” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 96).

¹⁷³ José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, v. 1, p. 139.

¹⁷⁴ Rodrigo Meyer Bornholdt, *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, p. 87.

¹⁷⁵ Sílvio Marques Júnior, *Introdução à ciência do direito*, p. 170.

O direito à vida é o primordial e precípua direito personalíssimo, o qual, como impõe a Constituição Federal, há de ser digno. Destarte, o direito à vida é um dos elementos caracterizadores da dignidade da pessoa humana.

Caio Mário da Silva Pereira cita que o primeiro direito da personalidade é, justamente, o direito à vida, e prossegue: “Como ente, todo ser humano o preza. É o bem ‘maior na esfera natural como na jurídica’ (Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, n. 50, p. 63). Fundamentalmente ‘inato’, ‘quem nasce com vida tem direito a ela’ (Pontes de Miranda, obra citada, v. 7, p. 732). A ordem jurídica o assegura, antes mesmo do nascimento, punindo o aborto e protegendo os direitos do nascituro.”¹⁷⁶

Efetivamente, lecionava Carlos Alberto Bittar: “Dentre os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia o direito à vida, como bem maior na esfera natural e também na jurídica, exatamente porque, em seu torno e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam, respeitados, no entanto, aqueles que dele extrapolam (embora constituídos ou adquiridos durante o seu curso, como o direito à honra, ou à imagem e o direito moral de autor, a desafiar o vetusto axioma *mors omnia solvit*).”¹⁷⁷

E Pontes de Miranda apontava que “o primeiro direito de personalidade é o de adquirir direitos, pretensões, ações e exceções e de assumir deveres, obrigações, ou situações passivas em ação ou exceção”, e complementava que “o direito à vida é inato; quem nasce com vida tem direito a ela. O direito constitucional e o penal inserem regras jurídicas que implicitamente o afirmam”.¹⁷⁸

Em sendo o direito à vida o primário direito da personalidade, por conseguinte, os direitos que consagram o direito da personalidade estão umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana, cujos direitos personalíssimos, inclusive, e primordialmente o de vida, garantem a dignidade ao ser humano.

¹⁷⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*, p. 26-27.

¹⁷⁷ Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, p. 66.

¹⁷⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: direito de personalidade, direito de família, direito matrimonial...*, v. 7, p. 11 e 14.

Sintetiza Antonio Junqueira de Azevedo que “a vida genericamente considerada consubstancia o valor de tudo que existe na natureza. Esse valor existe por si; ele independe do homem. (...) Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade”¹⁷⁹. Destarte, vida, pessoa e dignidade são valores essenciais e umbilicalmente vinculados entre si.

Inaugura o capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos da Carta Federal o artigo 5º que, no seu *caput*, dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”¹⁸⁰. Por ordem constitucional, toda e qualquer pessoa brasileira, e mesmo a estrangeira residente no Brasil, tem o direito fundamental ao respeito à sua dignidade, cuja vida, liberdade, igualdade, dentre outras, são inerentes ao adimplemento daquele.¹⁸¹

¹⁷⁹ Antonio Junqueira de Azevedo, Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana, p. 340.

¹⁸⁰ Carlos Alberto Bittar comenta: “Assentada sobre pilastras básicas que a experiência consagrou – nisso revelando-se coerente com as tradições do sistema romanístico – sufraga, como valores supremos da ordem jurídica, os ideais de dignidade, de igualdade, de liberdade, de segurança, de propriedade e de justiça, antepondo-os, como inerentes à natureza humana, ao Estado, ao legislador e ao intérprete (tanto doutrinário, quanto judicial). Repousa sobre a noção de ‘Estado Democrático de Direito’ que o mundo ocidental – em cujo ideário se insere a Carta – engendrou em nosso século, em contraposição à de ‘Estado de Direito’, defendida no século passado, mas sob cujo manto regimes totalitários acabaram encontrando justificação” (*O direito civil na Constituição de 1988*, p. 15-16 – destacamos).

¹⁸¹ Para Carlos Alberto Bittar: “A Constituição de 1988, ao enunciar, em seu frontispício, os direitos fundamentais do homem, mudando a orientação vigorante entre nós (de inseri-los depois da organização política do Estado), assumiu nova postura com relação aos direitos em causa, abraçando, em nosso entender, a tese naturalista quanto à sua qualificação, e, de outro lado, ampliando a relação dos direitos reconhecidos como liberdades públicas. (...). Entendemos que, com a Carta de 1988, que contém, ademais, regras que representam sensíveis evoluções em matéria de diretrizes para a vida privada – como já acentuamos – será expedido novo Código Civil, em que ingressarão tranqüilamente os direitos da personalidade, culminando assim com o enorme desenvolvimento alcançado por esse tema em nossos dias, face à expansão das comunicações e à necessidade de proteção eficaz aos valores básicos da personalidade humana, inclusive com o aproveitamento das regras do projeto referido.” (*O direito civil na Constituição de 1988*, p. 56-57). Acrescente-se a lição de San Tiago Dantas, acerca dos direitos da personalidade: “Os direitos da personalidade são tutelados pelas normas civis, pelas normas penais e pelas normas constitucionais (art. 5º, CF). Como a proteção da personalidade humana é um dos temas fundamentais do consórcio civil e uma das razões de ser do Estado, é natural que todas as ofensas aos direitos da personalidade apareçam à consciência do legislador como atos ilícitos penais. Quer dizer, como atos que justificam uma reação não apenas por parte do ofendido, mas por parte da tutela da sociedade e, por essa razão, o direito penal é particularmente enérgico na reparação das ofensas aos direitos da personalidade. (...) Vamos agora ver em que pode consistir a sanção civil. Ela pode consistir ou na composição do dano, mediante uma reparação pecuniária, ou, então, pode ser uma sanção direta, um ato qualquer que tolha a ofensa que está sendo praticada: a retirada do mercado do livro injurioso, por exemplo, ou um *habeas corpus*, ou medida semelhante, que venha restituir a liberdade a quem a perdeu – são meios de sanção direta” (*Programa de direito civil*, p. 155).

José Afonso da Silva, quanto ao sobredito texto constitucional, afirma o seguinte: “A ‘vida humana’, que é o objeto do direito assegurado no artigo 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A ‘vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo’. *Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.* No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (de que já tratamos), o direito à privacidade (de que cuidaremos no capítulo seguinte), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.”¹⁸² (destacou-se).

Tendo a vida como valor supremo do ser humano, sem a qual inexistem outros direitos e garantias a se preservar, esse direito à vida há de ser garantido com dignidade; com a preservação desse direito, dele decorrem outros que são inerentes à vida digna, dentre os quais despontam a liberdade e a igualdade.

Neste contexto, merece reprise as narrativas de Immanuel Kant, quando realça a *felicidade* como finalidade inerente a todo e qualquer ser humano racional, na qualidade de fim peculiar e lógico da pessoa física.¹⁸³

Rosa Maria de Andrade Nery ressalta que ao lado do direito à vida, há que se apor o direito à liberdade, pois “como a Vida é essencialidade do ser humano e a liberdade é potencialidade expressiva da existência humana, são esses os ‘valores’ que norteiam o ‘princípio’ da dignidade da pessoa humana. Falar-se em dignidade do ser humano, portanto, é prestigiar-lhe a Vida e a liberdade”.¹⁸⁴

¹⁸² José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 201.

¹⁸³ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 51-52.

¹⁸⁴ Rosa Maria de Andrade Nery, *Noções preliminares de direito civil*, p. 114.

Inolvidável, no entanto, é a junção, a esses princípios, do da igualdade, estatuído genericamente no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”¹⁸⁵

Em discurso a esse princípio, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior informam que se adotou o princípio da igualdade formal, donde “(...) o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei”.¹⁸⁶

Com efeito, para essa eficácia principiológica, o legislador e o aplicador da norma haverão de tratar, respeitar e conceder direitos e deveres igualitariamente, a todo e qualquer ser humano, sem distinção de qualquer condição ou situação, personalíssima ou grupal, tais como raça, credo religioso, cor, vínculo social, etc. Aliás, estatui a Norma Constitucional como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do “(...) bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

A implementação pragmática da dignidade da pessoa humana exige o amparo, a preservação, a real garantia de fatores e princípios que lhe oferecem suporte, quais sejam: o direito à vida – que é primordial, essencial e absoluto a qualquer outro direito –, à liberdade, à igualdade e, como anotado, a busca incessante da felicidade pessoal, familiar e social, fulcro da convivência entre os seres humanos. Decerto, outros tantos direitos, garantias, princípios, enfim, fatores inerentes à pessoa humana sufragam a eficácia de sua dignidade, os quais, em cada situação fática, hão de ser valorados e sopesados quanto ao fim almejado.

Tanto assim o é que, neste instante, imprescindível é a narrativa da visão de Antonio Junqueira de Azevedo, o qual, após anotar a vida humana como valor

¹⁸⁵ Malgrado essa concepção constitucional, houve por bem o legislador constituinte, especificamente ao direito matrimonial, reprisar a isonomia entre os esposos, com o seguinte teor: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, § 5º da CF).

¹⁸⁶ Luiz Alberto David Araujo; Vidal Serrano Nunes Junior, *Curso de direito constitucional*, p. 90. Lembre-se, contudo, o que, mais adiante, ditam esses autores: “No mais das vezes a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento ‘igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade’.” (Ibidem, mesma página).

preponderante da dignidade dessa pessoa – posição essa incontestável –, anota três conseqüências diretas desse princípio fundamental: 1) respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana; 2) respeito às condições mínimas de vida; 3) respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens.¹⁸⁷

Em anotação à sobredita terceira conseqüência, complementa o autor: “Excluindo o direito à vida e o direito à integridade física e psíquica, já tratados, relacionam-se com esta conseqüência os demais ‘direitos de personalidade’ – mas não em todos os seus aspectos, e sim nos aspectos fundamentais; são, aqui, direitos que se prendem ao livre desenvolvimento da pessoa humana no seu meio social.”¹⁸⁸

Outros tantos direitos, garantias e (ou) fatores, ainda que implícitos, poderão sustentar a dignidade da pessoa humana, porquanto, como já mencionado neste trabalho, o parágrafo 2º do mencionado artigo 5º da Constituição da República estatui que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, do que se infere que a descrição dos direitos fundamentais contida no artigo 5º é exemplificativa, uma vez que podem existir princípios implícitos, ou mesmo outros decorrentes de tratados internacionais aos quais o país aderiu.

Sobre esse dispositivo constitucional, Flávia Piovesan leciona: “(...) os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º; b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).”¹⁸⁹

¹⁸⁷ Antonio Junqueira de Azevedo, *Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana*, p. 343-347. Anota ainda o autor: “O pressuposto e as conseqüências do princípio da dignidade (art. 1º, III da CR) estão expressos pelos cinco substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados no *caput* do artigo 5º da CR; são eles: ‘vida’ (é o pressuposto), ‘segurança’ (1ª conseqüência), ‘propriedade’ (2ª conseqüência) e ‘liberdade’ e ‘igualdade’ (3ª conseqüência), sendo o pressuposto, absoluto e as conseqüências, ‘quase absolutas’.” (Ibidem, p. 347).

¹⁸⁸ Antonio Junqueira de Azevedo, ob. cit., p. 347.

¹⁸⁹ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 89.

Essa distinção baseia-se na lição de José Afonso da Silva, da qual merece destaque: “(...) ‘direitos individuais implícitos’, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II).”¹⁹⁰

Neste momento, com cunho meramente elucidativo, anota-se a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a eventual hierarquia entre a Constituição e um tratado: “Embora haja quem pretenda ser a norma do tratado superior, sempre, à lei interna de tal sorte que prevaleceria mesmo quando esta fosse a ela posterior, conquanto haja quem pretenda, até, ser a norma do tratado superior à própria norma constitucional, nenhuma destas duas teses encontra fundamento no direito brasileiro. Neste, três normas regem a matéria: primeira, jamais norma de tratado prevalece sobre a Constituição; segunda, a norma de tratado, desde que devidamente incorporada ao direito pátrio, prevalece sobre lei interna anterior; terceira, tendo, porém, o mesmo nível na hierarquia das leis que a norma interna, não prevalece sobre lei posterior (que pode revogá-la, derogá-la etc.). É a lição de José Francisco Rezek, o qual não deixa de advertir que, no último caso, o Estado brasileiro continua, no plano do direito internacional, preso à obrigação que contraiu – e pela lei interna nova descumpre – até que pelo caminho adequado se desvincule da obrigação internacional contraída. Esta é presentemente a jurisprudência do STF, sendo caso padrão o RE n. 80.004-SE, relatado pelo Min. Xavier de Albuquerque, em 1977. Este acórdão – insista-se – subscreve as três teses assinaladas. Disto resulta prevalecer sempre o regime do direito tal qual estabelecido na Constituição brasileira sobre o que estiver definido no tratado, seja este anterior ou posterior à Constituição”. Conclui a análise dessas teses, com a seguinte afirmação: “(...) se o Brasil incorporar tratado que institua direitos ‘fundamentais’, estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal.”¹⁹¹

Não obstante as sobreditas teses acerca da hierarquia entre os direitos fundamentais constitucionais e os positivados por meio de tratados, o certo é que, no que se refere à dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais daí advindos (vida, liberdade, igualdade, honra, educação, saúde, etc.), todos inerentes à personalidade

¹⁹⁰ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 197.

¹⁹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*, p. 99.

do homem, além dessa dignidade constar na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto de San José da Costa Rica, dentre outros, está estampada como fundamento na própria ordem constitucional brasileira, ou seja, como direito fundamental explícito.

A dignidade, expresso fundamento da República brasileira, é inerente a todo e qualquer ser humano; a proteção aos seus direitos de personalidade caracterizam e tipificam sua tutela jurídica, dos quais sobressaem o direito à vida, à igualdade e à liberdade, como solidificadores da dignidade da pessoa humana.¹⁹²

Realizadas essas digressões teóricas, com o intuito de assentar esse princípio fundamental, faz-se mister a descrição de um conceito doutrinário de dignidade da pessoa humana, optando-se pelo expressado por Ingo Wolfgang Sarlet, ante a monografia por ele labutada exclusivamente sobre esse fundamento: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana ‘a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos’.”¹⁹³

Do que foi exposto, infere-se que o princípio da dignidade humana é o princípio fundamental por excelência, verdadeiro vetor e balizador vestibular desde o esboço de um

¹⁹² Patrícia Pimentel de Oliveira ensina que “Diante do texto constitucional, a dignidade da pessoa humana é o valor máximo do ordenamento, orientador de toda interpretação da legislação infraconstitucional, aplicável em todos os ramos do direito. Assim, despiciendo é discutir se há um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade. O que se busca é salvaguardar a pessoa humana sob todos os aspectos.” (Da possibilidade de indenização entre cônjuges por dano à honra, p. 336).

¹⁹³ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 59-60. Alerta o próprio autor, no entanto: “A despeito da proposta conceitual formulada, reconhecemos a dificuldade (que acreditamos não seja exclusivamente nossa) de obter uma definição consensual, precisa e, acima de tudo, universalmente válida do que seja, afinal de contas, a dignidade da pessoa humana, a não ser a circunstância – ainda assim resultado de uma opção racional – de que se cuida da própria condição humana (e, portanto, do valor intrínseco reconhecido às pessoas no âmbito das suas relações intersubjetivas) do ser humano e que desta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídico-constitucional decorre um complexo de posições jurídicas fundamentais.” (Ibidem, p. 143). Merece transcrição, outrossim, a seguinte narrativa: “Como critério aferidor do que seja uma vida saudável, parece-nos apropriado utilizar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde, quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados.” (Ibidem, p. 60).

projeto de norma legal, seja ele infra ou mesmo constitucional, como também no instante da leitura, interpretação e aplicação pragmática desse texto. Esse fundamento constitucional, no entanto, não sobrevive por si só, porquanto outros tantos direitos e garantias sustentam sua eficácia no mundo jurídico, dos quais o direito à vida é o primordial, pois sem vida, não há que se falar em dignidade.

Todavia, não se contenta apenas com a dignidade ou com a vida, ao contrário, a inter-relação há de ser expressa e coerente, resultando na dedução lógica de que o ser humano tem um direito imanente – que lhe é natural e peculiar, só pelo fato de ser uma pessoa humana – que é o direito à vida, mas um direito à vida que há de ser digno.

A esse direito se interligam o direito à liberdade e à igualdade, todos tendo como alvo primordial a assídua procura da felicidade pessoal, familiar e social, como meta a ser atingida pelo ser humano racional.

Antecedente ao princípio da dignidade da pessoa humana, há um outro fundamento, o qual lhe dá suporte, como também a todos os demais direitos, princípios e garantidas, que é o fundamento da cidadania, fulcro na concepção do “direito a ter direitos”; com efeito, o princípio da cidadania protege e garante a todo e qualquer ser humano o direito a ser titular de direitos e obrigações no mundo jurídico e, por conseguinte, a faculdade de usufruí-los dignamente.

A interpretação consentânea desses fundamentos constitucionais (cidadania e dignidade) conduz à ilação de que é direito fundamental de todo e qualquer ser humano ser titular de direitos fundamentais, em quaisquer de suas espécies. Aliás, assim se expressa Ingo Wolfgang Sarlet: “Neste contexto, expressando a noção de pessoa como sujeito de direitos e obrigações, talvez o mais correto fosse afirmar que, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda a pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade.”¹⁹⁴

¹⁹⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 96.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana, estampadas no artigo 1º, incisos II e III da Constituição da República Federativa do Brasil são os fundamentos que, com prioridade, hão de sufragar a confecção e conseqüente leitura de todo o sistema jurídico brasileiro, referendados e seqüenciados pelos outros direitos e garantidas fundamentais dessa pessoa – direitos da personalidade –, dentre os quais, o direito à vida é o primordial, sem o qual, inexiste razão para se questionar a proteção aos demais.

3 A FAMÍLIA: DIREITO, COMPOSIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

O direito de família passou por enormes e profundas transformações no decorrer do século XX, mormente tomados como pontos inicial e final de análise, respectivamente, os Códigos Civis de 1916 e de 2002. Aliás, como anotado, neste último, dentre os ramos do direito civil, foi o que suportou verdadeira reforma legislativa em sua acepção fática e jurídica. Essa reforma retrata a atualização que se fazia imprescindível do direito para amparar as mudanças implementadas pela sociedade contemporânea.

A reforma jurídica do direito de família propriamente dita, no entanto, operou-se com a promulgação da Constituição da República vigente, ocorrida em 5 de outubro de 1988, este sim o divisor de águas entre o antigo e o atual direito familiar; este é o momento do corte epistemológico do direito para reproduzir a família pretérita e a família presente.

O Código Civil de 2002, instituído pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, apenas atualizou o que o constituinte de 1988 delineou e positivou, e, assim mesmo, escamoteando alguns institutos¹⁹⁵ e camuflando outros¹⁹⁶, talvez por timidez, receio ou um pouco de ortodoxia; mais progressista, arrojado e heterodoxo foi aquel'outro, ao encampar em nível constitucional a nova sociedade familiar, que retrata o efetivo comportamento social, implementando igualitários efeitos, independentemente do modo e forma de sua constituição e formação.

A sociedade transforma-se¹⁹⁷, as relações familiares transformam-se e os seres humanos também se transformam com o caminhar dos tempos. Em face dessas mutações, os textos legislativos, dentro do possível, têm o dever de acompanhar e amparar essas

¹⁹⁵ Esqueceu-se o legislador de 2002 de se referir à família monoparental, explicitamente prevista na Carta Federal de 1988 em seu artigo 226, parágrafo 4º.

¹⁹⁶ Ao tratar de forma tacanha, frente à sua especial repercussão social, a união estável, como acima anotado; contudo, consoante leciona Eduardo de Oliveira Leite, só pela inserção dessa matéria na legislação civil ordinária codificada merece reconhecimento e aplausos (*Direito civil aplicado*, direito de família, v. 5, p. 417).

¹⁹⁷ Ao conceituar o que se entende por mudança social, Maria Benedita Lima Della Torre leciona: “Se observarmos um pião veremos que ele só se mantém em pé quando em movimento. De maneira semelhante, os grupos e as sociedades estão constantemente se modificando, embora, às vezes, tão lentamente que chegamos a supor que estejam estáticos. Nenhuma sociedade é perfeitamente igual a si mesma em dois momentos sucessivos de sua história. A vida social é dinâmica, realiza-se por meio de processos que conduzem ao estabelecimento de relações e estruturas sociais que vão se alterando ao passar do tempo.” (*O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*, p. 156).

mutações, para satisfazer aos interesses comunitários, familiares e pessoais, pena de se tornar retrógrado e obsoleto. Inolvidável que, se essas atualizações legais inoçorrerem, competirá ao exegeta do direito sufragar essas mudanças sociais, familiares e pessoais, aplicando-as consoante o contexto reinante naquele momento.

Rodrigo da Cunha Pereira em referência a essas mutações, confirma-as com os seguintes dizeres: “O Direito, especialmente o de Família, tem sofrido grandes transformações nos últimos tempos. Nunca se mudou tanto, em tão pouco tempo, a legislação sobre o Direito de Família. O porquê dessas mudanças instiga-se a refletir sobre o momento histórico em que estamos inseridos: final de século, limiar do terceiro milênio. A estrutura patriarcal está se transformando. (...) O avanço do Direito em relação a esses conceitos tem-se dado mais pela pressão da sociedade e da cultura, sem que exista estudo sistemático interdisciplinar daqueles que trabalham no campo estritamente jurídico.”¹⁹⁸

Poder-se-ia argumentar que o legislador ideal seria aquele que, por astúcia e perspicácia, anteviesse as necessidades e eventuais variações comportamentais do seu povo e, com isso, previamente editasse as normas legais regulamentando toda a forma de agir, as conseqüências jurídicas do fazer ou não fazer, com as reprimendas e sanções ao inadimplemento do que fora estatuído. Todavia, como parece lógico e crível, isso é humanamente irreal, ante a efetiva dinâmica social, que se alterna entre ligeiras e vagarosas nuances.¹⁹⁹

Malgrado o sonho científico, há que se ater ao real, verídico e palpável, e, em assim sendo, a sociedade metamorfoseia-se, enquanto o legislador posteriormente procura ampará-las legisferando, como pontifica José Renato Nalini, “a legislação reproduz a ideologia do tempo em que é produzida”²⁰⁰. Por seu turno, o intérprete e o aplicador da norma legal devem de atualizá-la no contexto social da produção dos seus efeitos jurídicos na prática cotidiana.²⁰¹

¹⁹⁸ Rodrigo da Cunha Pereira, *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, p. 13-14.

¹⁹⁹ Fábio Konder Comparato, ao explicar da finalidade do estudo da Filosofia do Direito, afirma que um de seus pontos fulcrais “(...) é que a visão filosófica nos permite visualizar a oposição permanente entre direito ideal e direito vigente” (O direito como parte da ética, p. 4).

²⁰⁰ José Renato Nalini, *A família brasileira do século XXI*, p. 12.

²⁰¹ Alerta Sérgio Gischkow Pereira: “Ao direito cabe elaborar os textos legais mais adequados à nova realidade da família e interpretá-los consentaneamente, evitando a cristalização, a mumificação e o nocivo descompasso entre um povo e seu direito.” (*Estudos de direito de família*, p. 61).

Leciona Álvaro Villaça Azevedo: “Se é correto que o legislador deve legislar com realidade, com a máxima fidelidade ao que acontece, mais verdadeiro ainda é o pensamento de que deve buscar, no destinatário da norma, o homem, o fundamento natural de sua conduta. Primeiro, existe a natureza do ser humano; depois, a regulamentação de seu comportamento, que não pode apartar-se daquela, para não ser irreal, indevida e injusta. (...) O direito deve preservar um mínimo de segurança, sempre; para que não se possibilite o crescimento das iniquidades.”²⁰²

Merece ser ressaltado que, ao se falar em mudança de comportamentos da sociedade, da família e do próprio ser humano, cautela há de reinar, e, por isso, a utilização corriqueira dos termos *transformação* ou *mutação*, sem adentrar ao cerne desse ato fático, muito menos em adjetivá-lo. Mormente, trata-se de evolução ou retrocedimento social e de fato, essa adjetivação demandaria análise sociológica séria, profunda e pormenorizada, fugindo do escopo que aqui se tem a intenção de atingir.

Despreocupa-se, pois, com a qualificação dessa metamorfose social (evolução ou retrocesso), pois o que é irrefutável é sua transformação no decorrer do tempo e no espaço, e, no caso aqui em análise, merece ser enfocada a que repercutiu no seio da sociedade familiar, ou seja, a mudança social que gerou e gera a nova ótica de concepção da família brasileira, com repercussão na vida pessoal de cada ser humano que a compõe.

Em sendo a família uma entidade em que pessoas interagem, é ela uma espécie de sociedade, diga-se até uma microssociedade, mas uma sociedade no sentido de que há o convívio social de pessoas interligadas, na maioria da vezes pelos laços de sangue; destarte, jungida está às conseqüências decorrentes das alterações produzidas na sociedade mor que integram, diga-se, aqui, macrossociedade, mantendo, quanto possível, as idiossincrasias de cada qual dos membros que a compõe.²⁰³

Ao discorrer sobre essas transformações, Cristina de Oliveira Zamberlam, em seu estudo monográfico, argumenta: “Evidencia-se que o comportamento da humanidade, não apenas na família, mas na sociedade em geral, passa por transformações. Transformações

²⁰² Álvaro Villaça Azevedo, *Direitos humanos: família, sua constituição e proteção*, p. 12.

²⁰³ Rui Carvalho Piva acrescenta: “Devemos identificar na família uma unidade social e reconhecer que em algum momento e em algum lugar o parentesco foi a instituição social que estruturou o grupo, a sociedade.” (*A legitimidade da família para tutelar interesses difusos*, p. 456).

essas que são reflexos da cultura, do processo econômico, político e social, assim como de suas instituições; as quais acarretam modificações na rede de relações sociais, afetivas e emocionais entre os elementos do núcleo familiar, sua interação e sua organização interna.”²⁰⁴

É o vulgar *efeito dominó*, pois, se a pessoa altera, ainda que paulatinamente, seu comportamento, com o passar, modificará o seu convívio social e, sendo a família o primeiro círculo social em que ela interage²⁰⁵, essa sociedade familiar será afetada e, por conseguinte, modificará a forma de interação das pessoas que a compõe, entre si e com outros grupos sociais; essa mudança comportamental gerará outra mudança, no decorrer dos tempos, agora da sociedade maior na qual aquela (familiar) estiver inserida, e assim sucessivamente, os relacionamentos sociais, passo a passo, em cada núcleo social singular, sofrerão modificações, redundando na alteração do próprio convívio social.

A mudança de comportamento da sociedade micro, em face da interação entre as pessoas que a constituem, resultará, com o tempo, na transformação do comportamento da sociedade macro, na qual aquela está integrada²⁰⁶. E vice-versa, porquanto a sociedade mor, com o passar, pode ditar a alteração da forma de agir da sociedade micro, que é a familiar.²⁰⁷

²⁰⁴ Cristina de Oliveira Zamberlam, *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*, p. 8.

²⁰⁵ Para Maria Benedita Lima Della Torre: “A família é normalmente o primeiro grupo social a que pertencemos, e entre todas as instituições sociais é aquela com a qual mantemos contatos mais íntimos. Grande parte da vida e os acontecimentos importantes em geral (nascimento, casamento, morte) o indivíduo vive na família. Pelas funções que desempenha é considerada instituição fundamental na sociedade.” (*O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*, p. 188).

²⁰⁶ Sérgio Gischkow Pereira comenta: “Sempre foi sustentado que as modificações na família conduzem às modificações na sociedade; só por aí se pode ver a importância enorme que o direito de família possui. A maior solidariedade e fraternidade na família repercute em uma coletividade mais solidária.” (*Estudos de direito de família*, p. 35-36).

²⁰⁷ Leciona Luiz Carlos Osório, sob o enfoque psicanalítico, “que a família é um agrupamento humano cambiante e sua estrutura e funções estão intrinsecamente vinculadas às mudanças de paradigma sócio-cultural ao longo do processo civilizatório” (*Família hoje*, p. 45). Com idêntico olhar psicanalítico, Giselle Câmara Groeninga ensina que “(...) ao dizermos que a família evolui no tempo e se organiza em função de suas finalidades e do ambiente, estamos enfatizando novamente não só a interação entre os seus membros, mas dela em relação ao social. Interação humana, necessariamente afetiva. Ela é paradigmática e base, dando sustentação à estrutura social, mas que necessita, por sua vez, do suporte das instituições. *Em relação direta com a sociedade, sofre suas influências ao mesmo tempo em que por ela é influenciada, em uma relação dialética*” (*Família: um caleidoscópio de relações*, p. 136 – destacou-se). Para o filósofo Sílvia Romero: “A família em si é um fenômeno tão considerável que se estende por quase todas, se não todas as instituições e todas as ciências que se ocupam do homem. (...) A família é uma base fundamental da existência humana, superior a qualquer dessas formações políticas que hão nome de tribo, nação, Estado (...)” (*Ensaio de filosofia do direito*, p. 134).

Francisco Amaral apresenta a necessária interdisciplinariedade entre a sociologia e o direito, no que tange ao estudo da família, pois é ela “(...) uma das instituições fundamentais da sociedade”.²⁰⁸

Vários fatores são apresentados pelos sociólogos como determinantes da mudança social, dentre os quais Maria Benedita Lima Della Torre, que descreve os que entende primordiais: geográficos, biológicos, sociais, intelectuais, técnicos e econômicos.²⁰⁹

Decerto que a mutação social brasileira decorreu e decorre de inúmeros desses fatores, e outros tantos, podendo-se citar os direitos assegurados à mulher, igualando-os aos dos homens; a expressa proteção à criança, ao adolescente e ao idoso; com “o advento da pílula anticoncepcional e a conseqüente liberalização da sexualidade”²¹⁰, uma nova contextualização do amor na formação familiar; e, até mesmo, o surgimento da televisão nos lares brasileiros, dentre outras conseqüências, aguçando o consumismo individual.

Esses fatores infundiram transformações na sociedade que repercutiram, direta ou indiretamente, na família brasileira, sobretudo no convívio familiar, os quais foram afligidos meramente no comportamento das pessoas, pois a instituição família, em si, permanece sólida, perene e como eterna célula *mater* da sociedade.²¹¹

Sobre essas mutações, Eduardo Espínola alerta que “a despeito das críticas e das vicissitudes que, em alguns períodos da história, e ainda recentemente, lhe têm posto à prova os alicerces, a família subsiste, e é considerada em todos os países e em todos os sistemas legislativos como instituição necessária, cercada, no momento atual da civilização, de favores inspirados pela religião e pela moral e aos quais a lei confere garantia coercitiva”²¹². E, em nota de rodapé, traz a narrativa de Pietro Cogliolo, que

²⁰⁸ Francisco Amaral, *Direito constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição Federal de 1988*, p. 310. E complementa o autor: “Seu estudo interessa à Sociologia, como realidade ética, política e social, e ao Direito, como realidade social que se constitui em fonte de relações sociais de reconhecida importância, pelos interesses individuais e coletivos que encerra, base de futuras pretensões, fonte de efeitos jurídicos.” (Ibidem, p. 310-311).

²⁰⁹ Maria Benedita Lima Della Torre, *O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*, p. 161-163.

²¹⁰ Cristina de Oliveira Zamberlam, *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma disciplina interdisciplinar*, p. 34.

²¹¹ Para Carlos Alberto Bittar: “A idéia central de toda a estruturação da matéria é a da conceituação da família como célula maior da sociedade e base do Estado, que a deve proteger, como elemento anterior e essencial à sua subsistência.” (*O direito civil na Constituição de 1988*, p. 62).

²¹² Eduardo Espínola, *A família no direito civil brasileiro*, p. 12-13.

merece destaque: “(...) A família poderá evoluir ainda muito, mas não desaparecerá; a mulher deverá (estou disso convencido) aumentar os seus direitos e melhorar sua condição atual; o Estado poderá intervir em grau maior na educação dos filhos; o patrimônio do pai e o dote poderão ser submetidos a limites e interdições mais numerosos; mas a família não desaparecerá, tendo mostrado em todos os tempos possuir uma admirável faculdade de adaptar-se às novas coisas e ao novo progresso. *A grandeza das nações se funda sobre a grandeza e a moralidade das famílias, as quais são os viveiros dos bons cidadãos e dos soldados fortes.*”²¹³ (destacou-se).

Com essas breves digressões sociais, há que se analisar, em âmbito jurídico, a mutação da família e, portanto, do direito de família – que é o ramo mais dinâmico do direito civil, senão do próprio direito, no qual incidem imediatamente as mutações sociais –, sendo certo que, para isso, faz-se mister repassar, mesmo que perfunctoriamente, pelas normas legais editadas no Brasil, das codificadas às especiais e, sobretudo, às constitucionais, as quais, direta ou indiretamente, repercutiram na acolhida da transformação social da família brasileira.

Carlos Alberto Bittar afirma: “Por longa evolução passou o Direito de Família, em função do próprio desenvolvimento da vida humana em sociedade e das diferentes mudanças de costumes e de idéias verificadas através dos tempos. Podem-se, em linhas gerais, divisar as tendências básicas no curso da História, a partir de duas constatações: a da proeminência, ou não, do homem na sociedade conjugal e a das funções exercidas pela família no decorrer das diferentes épocas.”²¹⁴

Inegáveis as modificações comportamentais das pessoas que compõem o grupo familiar, todavia indelével é a posição fática da família como porto seguro de seus membros, local de aconchego, tranquilidade e de festejo das conquistas, triunfos e glórias pessoais, assim como da busca de apoio, amparo, compreensão e soluções das diretrizes e metas a serem empreendidas na angustiante tarefa diária individual; ou, com as palavras de

²¹³ Pietro Cogliolo, *Filosofia do direito privado*, 1898, p. 286, apud Eduardo Espínola, *A família no direito civil brasileiro*, p. 12.

²¹⁴ Carlos Alberto Bittar, *Direito de família*, p. 5.

Álvaro Villaça Azevedo: “A família é o ninho, o local de recesso, onde o homem se resguarda ao final de cada dia.”²¹⁵

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka destaca “(...) que há uma imortalização na idéia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família, este *locus* que se renova sempre”.²¹⁶

Complementa Gustavo Tepedino que a família é “(...) o ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social”.²¹⁷

A família, efetivamente, é local de respaldo pessoal e psicológico diuturno de seus integrantes, para o alento de novos ideais, como ressalta João de Matos Antunes Varela, ao discorrer sobre a evolução social familiar: “A família converteu-se num lugar de ‘refúgio’ da ‘intimidade’ das pessoas contra a ‘massificação’ da sociedade de consumo. Ela constitui hoje um centro de ‘restauração’ da personalidade do indivíduo contra o ‘anonimato’ da rua. Essa é a fisionomia ‘social típica’ da chamada família ‘celular’ ou ‘nuclear’, ou seja, da família reduzida à sua ‘célula’ fundamental, circunscrita ao seu ‘núcleo’ irredutível.”²¹⁸

Ver-se-á que a definição da família, quando da edição do Código Civil de 1916, que poderíamos chamar de conceito tradicional, não se coaduna com a concepção familiar reinante; a família depois da Constituição Federal de 1988 possui conotação jurídica e social diversa da do florescer do século XX²¹⁹, sua estrutura hodierna estabelece um paradoxo com a de então, o que não resulta na expurgação social e jurídica da família constituída pelo matrimônio, que permanece como uma das espécies de vínculo familiar no contexto hodierno, base sólida também da sociedade brasileira, como se pretende demonstrar.

²¹⁵ Álvaro Villaça Azevedo, *Direitos humanos: família, sua constituição e proteção*, p. 17.

²¹⁶ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Família e casamento em evolução*, p. 8.

²¹⁷ Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, p. 328.

²¹⁸ João de Matos Antunes Varela, *Direito da família*, p. 33.

²¹⁹ Sérgio Gischkow Pereira acrescenta: “Os dados sociais e psicológicos da família se alteraram fortemente no século XX, e assim prossegue no presente século.” (*Estudos de direito de família*, p. 61).

3.1 Conotação histórica

Há que se inaugurar este tópico com a lição de Renan Lotufo, *in verbis*: “Se queremos enfrentar o tema do Direito de Família, temos que fazer uma revisão, e essa revisão é histórica e por isso começa na interdisciplinariedade; temos que ver o que é e o que se considera família, e o que este conceito resultou em termos de direito positivo”²²⁰. Destarte, há que se perpassar por alguns caminhos históricos, mormente os legislativos, para que se possa extrair finalmente a compreensão estrutural da família contemporânea, valendo-se, para tanto e quando se entender necessário, de estudos interdisciplinares, com proeminência dos da sociologia e psicanálise.

Historia José Reinaldo de Lima Lopes: “O que não falar da história da família? Nada mais natural, dizem alguns, do que a união de homem e mulher. Sim, mas em termos. Que os homens sejam atraídos pelas mulheres e vice-versa e que desta atração mútua surjam amores e filhos, pode-se dizer que é uma regularidade da natureza. Mas que o ‘casamento’ ou o ‘matrimônio’ sejam por isto mesmo sempre a mesma coisa em toda parte e em todo o tempo é uma afirmação que um historiador não pode fazer.”²²¹

A Constituição da República de 1988 estabelece que “a família, base da sociedade²²², tem especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*); por império constitucional, a família é uma entidade na qual toda a sociedade deve estar embasada, merecendo peculiar proteção do Poder Público.

²²⁰ Renan Lotufo, *Separação e divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e comparado*, p. 207.

²²¹ José Reinaldo de Lima Lopes, *O direito na história: lições introdutórias*, p. 20.

²²² Impõe a Carta Federal, outrossim, como um de seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); com efeito, se a família é a base da sociedade, a sociedade familiar há de ser livre, justa e solidária, para que, na posição de microssociedade, possa estabelecer plena consonância com a sociedade maior (macrossociedade). Anota Álvaro Villaça Azevedo: “A vida familiar com segurança jurídica é o ideal, também porque o Estado está preocupado com sua própria existência. A família é seu forte, seu sustentáculo, sua própria vida, a menor porção da sociedade, dentro do lar. E a família, por sua vez, encontra sua força na convivência pacífica e segura de seus membros, irmanados no amor. (...) toda a estrutura da sociedade e do Estado repousa na noção de família.” (*Direitos humanos: família, sua constituição e proteção*, p. 18 e 21).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948²²³, estabelece em seu artigo XVI, item 3 que: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”; essa proteção familiar também está estampada no artigo 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, cujo parágrafo 1 praticamente repete a sobredita determinação universal.²²⁴

Na língua portuguesa, é corriqueira a apresentação de pluralidade de significados aos vocábulos em geral, como sói acontecer com a palavra *família*, não só no aspecto lingüístico, como na seara jurídica. Faz-se mister, neste ponto, um breve relato semântico dessa expressão, para, ao depois, analisá-la no contexto jurídico.

Família, no glossário, é definida como: “[Do lat. *familia*] S. f. 1. Pessoas aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. 2. Pessoas unidas por laços de parentesco, pelo sangue ou por aliança. 3. Ascendência, linhagem, estirpe (...).”²²⁵

Imprescindível neste estudo é o ensino de Virgílio de Sá Pereira, dentre outros aspectos, sobre a etimologia da palavra família, cuja origem, acima descrita, é latina, que a recebera do sânscrito: “A radical *fam* é a mesma radical *dhā* da língua ariana, que significa ‘pôr’, ‘estabelecer’, exprimindo portanto a idéia de ‘fixação’, de ‘estabilidade’. Esta idéia é

²²³ Esclarece Alexandre de Moraes: “A referida Declaração prevê somente normas de direito material, não estabelecendo nenhum órgão jurisdicional internacional com a finalidade de garantir a eficácia dos princípios e direitos nela previstos. O Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos na própria data de sua adoção e proclamação, 10.12.1948” (*Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, p. 37).

²²⁴ Artigo 17, § 1: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. Ensina Alexandre de Moraes que “importante ressaltar algumas previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969, que reafirmaram o propósito dos Estados americanos em consolidar no continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais”, e complementa: “Ressalte-se, portanto, que diferentemente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de San José da Costa Rica não traz somente normas de caráter material, prevendo órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes. Esses órgãos são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.” (*Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, p. 39). Daniela Rodrigues Valentim e Roberto Mendes Mandelli Júnior afirmam que o Brasil aderiu formalmente ao Pacto de San José da Costa Rica, “(...) aprovando seu referido texto, em 25 de setembro de 1992, por decreto legislativo, depositando a respectiva carta de adesão no dia 6 de novembro do mesmo ano, pelo Decreto n. 678 de 6.11.1992” (Convenção Americana de Direitos Humanos, p. 327).

²²⁵ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 755.

a que ligamos a certos bens, que por isso mesmo chamamos imóveis, melhor os chamaríamos ‘estáveis’, avultando dentre eles, em primeiro lugar, o solo, a terra – *Terra in aeternum stat*, – e, logo em seguida, a ‘casa’. Em sânscrito a voz com que se nomeia casa é *dhâman*, a qual, pela mudança do ‘dh’ em ‘f’, deu em dialetos do Lácio, como o osco, a palavra *faama*, donde, no dizer de Festus, *famulus e famel*, o servo, e destes *familia*, cuja desinência exprime coletividade. (...) *Famuli* deviam ter sido indistintamente chamados, a princípio, todos os que habitavam a casa, e *familia* o conjunto deles.”²²⁶

No campo biológico, considera-se *família* a comunidade formada por uma pessoa e aquelas que geneticamente delas descendem, eminentemente ligada ao vínculo consanguíneo, portanto ao binômio filiação e paternidade/maternidade.

O médico e psicanalista Luiz Carlos Osório traz a seguinte definição do que se entende por família: “Família é uma unidade grupal onde se desenvolvem três tipos de relações pessoais – aliança (casal), filiação (pais/filhos) e consangüinidade (irmãos) – e que a partir dos objetivos genéricos de preservar a espécie, nutrir e proteger a descendência e fornecer-lhe condições para a aquisição de suas identidades pessoais, desenvolveu através dos tempos funções diversificadas de transmissão de valores éticos, estéticos, religiosos e culturais.”²²⁷

Oferece outrossim, segundo sua ótica, a evolução e mutação social da família, com enfoques em sua estrutura, objetivos, sexualidade, casamento e aumento demográfico, ao longo das eras, desde a “família aristocrática” até a por ele denominada “família da aldeia global do limiar do século XXI”. Afirma, por fim, que a família continua firme, íntegra e mais viva, “(...) do que nunca. Índícios desta sua vitalidade são: a tendência contemporânea em buscar-se no âmbito da vida familiar as saídas para o mal-estar vigente na ‘aldeia global’ que habitamos, a retomada do interesse por seu estudo nas ciências humanas em geral e a inclinação a considerar-se as terapias familiares como abordagem psicoterápica mais adequada a nossos tempos”.²²⁸

²²⁶ Virgílio de Sá Pereira, *Direito de família*, p. 32. Eduardo de Oliveira Leite também dita que “a palavra família, como a entendemos hoje, é de origem romana, *famulus*, que significa escravo. O termo se originou, provavelmente, da palavra osca *famel* (*servus*) que quer dizer escravo” (*Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 23).

²²⁷ Luiz Carlos Osório, *Família hoje*, p. 16.

²²⁸ *Ibidem*, p. 11-12.

A também psicanalista, mas psicóloga e mediadora, Giselle Câmara Groeninga assim define a família: “(...) como um sistema e, como tal, um conjunto de elementos em interação, que evolui no tempo e se organiza em função de suas finalidades e do ambiente. Como fato social total, ela é tanto uma relação privada quanto uma instituição em que se estabelecem ligações particulares, afetivas e econômicas. Há uma divisão de tarefas, responsabilidades e poderes. Cada família se estrutura de forma original. (...) Ao definirmos a família como um sistema, estamos trazendo a noção de que um sistema é maior do que a soma das partes. E mais, são elementos em interação que mantêm uma relação de interdependência.”²²⁹

A socióloga Maria Benedita Lima Della Torre informa que a família brasileira está sedimentada nos princípios da monogamia, exogamia e é multilinear, os quais assim define: “Monogâmica: o casamento permite que cada esposo tenha apenas um cônjuge, quer seja uma aliança indissolúvel (até a morte), quer se admita o divórcio (nesse caso os vínculos são rompidos legalmente e outros podem ser estabelecidos). (...) exogamia é o casamento com elementos de outros grupos. (...) O casamento exogâmico é o tipo encontrado na maioria das sociedades modernas, e baseia-se no tabu da proibição do incesto. (...) multilinear (considera parente tantos os de linhagem materna como paterna. Há, entretanto, certa predominância do sistema patrilinear, uma vez que os filhos recebem o nome do pai).”²³⁰

Em seara psicanalítica, Jacques Lacan leciona que “a família surge inicialmente como um grupo natural de indivíduos unidos por uma dupla relação biológica: a geração, que dá os componentes do grupo; as condições do meio que o desenvolvimento dos jovens postula e que mantém o grupo na medida em que os adultos geradores asseguram sua função”.²³¹

As vetustas, mas ainda presentes narrativas de Virgílio de Sá Pereira são pertinentes neste momento: “A família é um fato natural. Não a cria o homem, mas a

²²⁹ Giselle Câmara Groeninga, *Família: um caleidoscópio de relações*, p. 136.

²³⁰ Maria Benedita Lima Della Torre, *O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*, p. 192-195.

²³¹ Jacques Lacan, *Os complexos familiares na formação do indivíduo: ensaio de análise de uma função em psicologia*, p. 11.

natureza. (...) Mas sempre vos direi que o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera.”²³²

Com efeito, pelo que se depreende, o relacionamento familiar independe de império legal, porquanto decorre da interação natural entre os seres humanos, o que se evidenciará, como mais vagar, mais adiante, sobretudo com a fixação da atual condição básica para a sua constituição, inclusive sob a ótica da proteção legal e estatal.

Um dos escopos deste trabalho é desvendar o *conceito jurídico atual da instituição família, no direito positivo*, o que conduz ao discurso, mesmo que em breves narrativas, sobre sua existência e constituição nos direitos romano e canônico, nos quais a família brasileira encontrou respaldo para, depois, analisada a evolução legislativa, infra e constitucional, obter-se elementos seguros e suficientes para respaldar a sua concepção vigente.

No *direito romano*, imperava a figura do *pater familias*, em que o pai – que tinha esposa e concubinas, tantas quantas quisesse e conseguisse manter – exercia plenos poderes sobre as pessoas e bens dos membros de sua família, agia como sacerdote, senhor e magistrado, pois “comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça”²³³. Com isso, exercia o poder sobre as pessoas e bens de seus filhos, de seus descendentes (netos e bisnetos) e da mulher, tomava todas as decisões, tudo lhe pertencia, inclusive poderes extremos de puni-los fisicamente, até com a morte, ou com a venda dessas pessoas a terceiros, como se fossem verdadeiros objetos. Era um poder aristocrático, com império da vontade, única e exclusiva, do *pater familias*, a figura do supremo chefe paternal.

José Carlos Moreira Alves²³⁴ leciona que nesse direito o estudo da família torna-se complexo, “(...) pois, juridicamente, têm de ser levados em consideração cinco grupos de pessoas vinculadas pelo parentesco ou pelo casamento”, e os esclarece:

²³² Virgílio de Sá Pereira, *Direito de família*, p. 89.

²³³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: direito de família*, v. 5, p. 26.

²³⁴ José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, v. 2, p. 245-246.

“a) a *gens*, cujos membros, que se denominavam *gentiles*, julgavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorável, do qual recebiam o nome gentílico (e era esse nome, e não, necessariamente, o parentesco consangüíneo, que os unia);

b) a *familia comuni iure*, conjunto de pessoas que, sendo agnadas (isto é, ligadas por parentesco agnatício²³⁵ – ‘vide’ n. 85), estariam sujeitas à *potestas* de um ‘*pater familias* comum’, se ele fosse vivo;

c) o ‘conjunto de cognados em sentido estrito’, isto é, aqueles que, não sendo agnados uns dos outros, estavam ligados apenas pelo parentesco consangüíneo;

d) a *familia proprio iure*, o complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*; e

e) a ‘família natural’ (denominação devida a romanistas modernos), agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos, independentemente de o marido e pai ser, ou não, *pater familias* da mulher e dos descendentes imediatos.”

Por fim, menciona que o principal objetivo de estudo da família romana centra-se na *familia proprio iure* e na família natural.

Na *familia proprio iure*, na vigência do direito pré-clássico, o poder do *pater familias* era absoluto, como visto, sobre a pessoa e bens de seus subordinados (esposa, descendentes e inclusive os filhos adotivos). Por isso, imperam duas categorias de pessoas: o *pater familias*, que é o chefe, pessoa *sui iuris* (independente), caracterizado pelo homem que não tenha ascendente vivo, na linhagem paterna, ao qual esteja subordinado; destarte, a ele estarão subordinados os *filii familias*, denominados de *alieni iuris*, “(...) categoria que abrange a esposa do *pater familias*, seus descendentes (inclusive adotivos) e mulheres”.²³⁶

Eduardo de Oliveira Leite complementa esse estudo, ditando que “(...) na noção romana de família, que serviu de paradigma ao mundo ocidental, a família representava um conjunto enorme de pessoas que se encontrava subordinada ao *pater familias*. A noção é

²³⁵ Na lição de José Carlos Moreira Alves: “No direito romano havia duas espécies de parentesco: o agnatício (*agnatio* = agnação) e o cognatício (*cognatio* = cogação). O parentesco agnatício é o que se transmite apenas pelos homens; o cognatício é o que se propaga pelo sangue, e, em consequência, tanto por via masculina, quanto por via feminina.” (*Direito romano*, v. 1, p. 108).

²³⁶ José Carlos Moreira Alves, ob. cit., v. 2, p. 249.

fundamental porque revela que, na origem, a noção de família decorre, de um lado, da idéia de subordinação (dos escravos e parentes) e de outro, da idéia de poder e mando”.²³⁷

Virgílio de Sá Pereira reprisa e sintetiza que a família romana é eminentemente patriarcal, sendo o pai o sacerdote e magistrado no interior dessa família, e conclui: “(...) que a organização da família romana primitiva assentava sob o princípio da autoridade, era uma instituição por assim dizer política, sob a forma aristocrática e monárquica.”²³⁸

Historia Caio Mário da Silva Pereira, sob o enfoque *canônico*, que a concepção cristã da família reinou no direito romano a partir do século IV, sob o império de Constantino, concepção essa que perdurou mesmo na fase pós-romana, quando a família foi reduzida ao relacionamento entre pais e filhos, com a descrição primária da família nuclear, incluindo-se o sacramento desse grupo.²³⁹

Sílvio Marques Júnior, a respeito da família romana, referenda que esse sistema patriarcal sofreu “(...) influência do cristianismo, que com suas idéias arejadas trouxe à família grandes benefícios e não pequenas transformações. Com o cristianismo o casamento passou a ser fundamentado pelo matrimônio religioso. Para os católicos de toda a terra o matrimônio constitui um sacramento, sendo sagrado e indissolúvel”.²⁴⁰

Sem adentrar ao mérito da concepção, com intuito meramente esclarecedor, citadas pelo mesmo professor Sílvio Marques Júnior são as palavras do Papa Pio XII, proferidas na Encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae*, onde se comprova a rigidez imposta pela Igreja Católica quanto à direta ligação entre família e casamento, que é vitalício: “A família é de origem natural e divina: o primeiro casal foi criado por Deus. Eram Adão e Eva destinados a uma união indissolúvel. O casamento, alicerce da família é contrato livre e inviolável e perpétuo em sua essência. Unicamente a morte de um dos cônjuges autoriza o outro a contrair novas núpcias. O matrimônio para as pessoas batizadas é um sacramento.

²³⁷ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 23.

²³⁸ Virgílio de Sá Pereira, *Direito de família*, p. 45, 47 e 51.

²³⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: direito de família*, . 5, p. 27.

²⁴⁰ Sílvio Marques Júnior, *Introdução à ciência do direito*, p. 41.

A poligamia lícita entre os judeus, excepcionalmente, ficou de ora em diante proibida. O divórcio não pode ser tolerado, em caso algum e em nenhum motivo.”²⁴¹

O casamento canônico não se cinge a um acordo de vontades formulado entre os pretendentes, institui-se em um sacramento²⁴² eternizado pela oração: *quod Deus conjunxit homo non separet*. Para a Igreja, portanto, a família é a matrimonializada, decorrente exclusivamente do casamento, o qual é um sacramento religioso.

Destarte, no direito romano, genericamente, imperava o *pater familias* como chefe supremo e absoluto do grupo familiar, com amplos poderes sobre as pessoas e bens componentes de sua família, era o império da família patriarcal; no direito canônico, o casamento é a única fonte da família, cuja dissolubilidade matrimonial era impossível, ante sua natureza sacramental.

Feitas essas considerações, há que se prosseguir com a busca do conceito do termo *família*, e não só isso, mas precipuamente deve-se desvendar quais são os elementos componentes e essenciais para a constituição de uma família, sobretudo com seu enfoque no direito positivo brasileiro; para isso, é imprescindível a passagem pelas principais normas infra e constitucionais que retratam o assunto *família*, até mesmo naquelas eventualmente ab-rogadas, para, ao final, ter-se suporte necessário para decifrar a definição e composição atuais da família brasileira.

²⁴¹ Sílvio Marques Júnior, *Introdução à ciência do direito*, p. 41. Merece lembrança a narrativa de Sérgio Resende de Barros, ao descrever a Sagrada Família como consagração da família nuclear modelo, constituída que era pelo Pai (José), a Mãe (Maria) e pelo Filho (Jesus Cristo). (Ideologia da família e *vacatio legis*, p. 8).

²⁴² Segundo Edson Luiz Sampel: “Sacramento, do ponto de vista teológico, é uma legítima manifestação do poder e da graça de Deus. (...) Os sacramentos estão presentes nos momentos mais prementes da vida: nascimento, casamento, morte etc. Sua função é coadjuvar o ser humano na caminhada rumo à plena realização, no céu. Eis os sacramentos: batismo, eucaristia, crisma, penitência, unção dos enfermos, matrimônio e ordem.” *Introdução ao direito canônico*, p. 25 e 33). Explicita José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini: “Na Encíclica *Casti Connubii*, de 31 de dezembro de 1930, do Papa Pio XI (...) onde vem explicado o que se deva entender por sacramento: sinal e fonte de uma especial graça interior, elevando o amor natural à maior perfeição, ratificando sua indissolubilidade e santificando o casal.” (Do vínculo conjugal, p. 92).

3.2 Código Civil de 1916

A Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, trouxe ao mundo jurídico o Código Civil brasileiro, que vigeu de 1º de janeiro de 1917 a 10 de janeiro de 2003, portanto por exatos oitenta e seis anos e dez dias.

Em nenhum de seus artigos essa legislação define o que seja ou o que se deva considerar como *família*. Cediço é que essa não é a função do legislador, mas sim dos estudiosos do direito. Conquanto assim seja, ao compulsá-lo, percorrendo os seus variados campos institucionais, infere-se que variadas composições são apresentadas para a comunidade familiar, sempre ligada ao tipo de direito enfocado.

Na seara do direito de família, por exemplo, denota-se que a *família* seria composta pelo pai, mãe e seus filhos comunitários, ante o que disciplinavam os artigos 229 e 233 do sobredito diploma legal, sendo esses pais legalmente casados entre si.

O direito das coisas compõe-na dos cônjuges, filhos solteiros e servidores domésticos (art. 744 do CC).

Enquanto isso, no direito das sucessões, abrange-se todos os descendentes e ascendentes, o cônjuge e os colaterais; estes, no entanto, somente até o quarto grau, como se depreende da análise dos artigos 1.603 e 1.612 do mesmo Códex.

Com efeito, em cada ramo do próprio direito civil, o Código oferece composições diversas para a comunidade familiar, ora a restringindo, como o faz no direito de família, ora a alargando, com a inclusão de pessoas estranhas aos próprios laços sangüíneos e fraternos, como se vê no direito das coisas – com resquícios da antiga família romana, na qual os escravos compunham esse vínculo familiar, consoante anotado em tópico apropriado.

Eduardo Espínola leciona: “Em acepção ampla, a palavra família compreende as pessoas unidas pelo casamento, as provenientes dessa união, as que descendem de um tronco ancestral comum e as vinculadas por adoção. Em sentido restrito, correspondendo

ao que os romanos denominavam *domus*, a família compreende apenas os cônjuges e os filhos.”²⁴³

Elaborado o seu anteprojeto no final do século XIX e vigendo a lei no início do século XX, o Código Civil de 1916 apresentava como família o convívio entre pessoas com constituição matrimonial, ou seja, família era a formada em decorrência do casamento válido entre marido e esposa. Família era, portanto, a matrimonializada, cujo matrimônio era indissolúvel pela vontade dos seus integrantes, com explícita vinculação aos mandamentos cristãos, pelos quais família é exclusivamente a constituída pelo casamento.

Conquanto hoje retrate questão meramente doutrinária e para efeitos didáticos, lembra-se que, na *linha de parentesco* – o vínculo de parentesco nasce em uma relação familiar, seja qual for a sua forma de constituição, como se analisará – no que tange à sua natureza, será ele legítimo quando procedente de justas núpcias; se os filhos nascem de pais que não são legalmente casados entre si, o parentesco será ilegítimo; neste, se não existe impedimento legal para o matrimônio dos pais, será um parentesco natural, mas, se impedimento existe, o parentesco será espúrio ou bastardo; se, entretanto, o impedimento decorre de anterior parentesco entre os pais da criança (ou adolescente), então será incestuoso; todavia, se o impedimento resulta do fato de ser pelo menos um dos pais legalmente casado com terceira pessoa, o parentesco será adúltero.

Inolvidável é o *parentesco civil*, resultante da adoção, “(...) liame que une pessoas estranhas pelos laços do parentesco civil”.²⁴⁴

Essas distinções entre filiação legítima, ilegítima (natural, espúria, incestuosa ou adúltera) e adotiva, que imperava nas disposições do Código Civil brasileiro (art. 337 e ss.), não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, como se verá com detalhes mais adiante, porquanto, em seu artigo 227, parágrafo 6º, a Carta da República de 1988 estabelece que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

²⁴³ Eduardo Espínola, *A família no direito civil brasileiro*, p. 7-8.

²⁴⁴ Carlos Alberto Bittar, *Direito de família*, p. 235.

As expressões “filho legítimo”, “filho ilegítimo” ou “filho adotivo” estão banidas, por ordem constitucional, da legislação brasileira, empregadas agora unicamente em situações históricas, doutrinárias ou didáticas, vedado o uso pragmático.

Essa família legítima ou matrimonializada – cujo casamento era indissolúvel –, imperou durante quase todo o século passado, a qual se centralizava na pessoa do marido, que era o chefe da sociedade conjugal (art. 233, *caput* do CC/1916), enquanto a esposa era um ser humano de segunda classe, pois até mesmo sua capacidade civil era limitada ou relativa, após convolar suas núpcias, consoante originária redação do artigo 6º, inciso II do Código Civil de 1916.

Os filhos também eram atingidos pela legitimidade da família, uma vez que, nascidos na vigência do matrimônio, seriam legítimos, portanto filhos de primeira categoria; nascidos em relacionamentos extraconjugais, eram filhos de outra classe, ilegítimos; os filhos adotivos pertenciam a essa classe inferior. Essas rotulações não eram meramente tipificadoras, ao contrário, dela decorriam diversos efeitos jurídicos, diferentes direitos e garantias a cada classe de filiação.

O pai era o detentor do pátrio poder²⁴⁵, hoje poder familiar, sobre seus filhos, função que exercia em colaboração com a mãe (art. 380, *caput* do CC/1916); a esposa, mãe dos filhos legítimos, possuía vontade secundária, com manifestação apenas supletiva, tanto que, em caso de divergências, prevaleceria a intenção expressada pelo genitor, conforme determinação contida no artigo 380, parágrafo único do Código Civil de 1916. Verdadeira família patriarcal.²⁴⁶

²⁴⁵ Esclarece Rubens Limongi França que, até a edição do Estatuto da Mulher Casada, rezava o artigo 380 do Código Civil de 1916 “que exerce o pátrio poder o *marido*, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a *mulher*” (*Instituições de direito civil*, p. 365). Roberto João Elias define esse instituto “como um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade” (*Pátrio poder*: guarda dos filhos e direitos de visita, p. 6). Destarte, é um poder-dever.

²⁴⁶ Para Maria Benedita Lima Della Torre: “Quanto à ‘autoridade’, a família pode ser: ‘patriarcal’, quando a figura central é o pai, que possui grande autoridade sobre a mulher e os filhos.” (*O homem e a sociedade*: uma introdução à sociologia, p. 195). Carlos Alberto Bittar Filho historia que “a mulher ocupava um papel secundário dentro da instituição familiar; era o homem que possuía a primazia; a organização da família era definitivamente patriarcal. Os casamentos consistiam em arranjos de conveniência” (*Direito de família e sucessões*, p. 17).

No transcurso do tempo, várias normas legais esparsas foram editadas, inclusive em âmbito constitucional, as quais, direta ou indiretamente, modificaram e alteraram essas concepções ortodoxas do relacionamento familiar e, com isso, igualaram os direitos do marido e da esposa, como também os decorrentes da filiação, qualquer que seja a sua origem.

Essa família exclusivamente legítima, isto é, constituída pelos vínculos do matrimônio – que se manteve indissolúvel por muitos anos –, do início do século XX, foi amoldando-se ao novo contexto social, cujos textos legislativos sequenciais deram-lhe outra roupagem e, com isso, como se verificará, a família deixou de ter formação matrimonial única.

Faz-se mister, mesmo que em breves pinceladas, uma divagação sobre os diplomas infraconstitucionais e, em seguida, nos constitucionais, que, direta ou indiretamente, repercutiram na concepção formado da família brasileira, com o fito de aferir-se a transformação do direito de família.

3.3 Legislação especial

Neste tópico, discorrer-se-á sobre as normas legais ordinárias que, no transcurso da vigência do Código Civil de 1916, empreenderam-lhe modificações, ainda que por exegeses doutrinárias e jurisprudenciais, as quais repercutiram na definição da família e na sua forma de constituição e composição, ainda que por mera descrição do próprio texto legal.

O escopo primordial é demonstrar como estava, em seu nascedouro, redigida a Lei Civil revogada e quais os regramentos legais que lhe impuseram transformações, mesmo que hermenêuticas, durante sua vida jurídica, sem a intenção de interpretar esses textos, até porque alguns se encontram revogados, tácita ou expressamente.

Anota Águida Arruda Barbosa que “a codificação civil nascida no século XX sofreu várias alterações ao longo de sua vigência, para se adaptar às mudanças de

referências ocorridas durante o século passado, principalmente na segunda metade, representando a evolução da humanidade, em saltos quânticos, registre-se, a exemplo, o declínio do patriarcalismo, a evolução dos direitos da mulher, a exacerbação de uma sociedade de consumo, pelos avanços dos meios de comunicação, enfim, a globalização, exercendo profundas influências sobre o comportamento humano”.²⁴⁷

No curso do século passado, muitas normas legais, infra e constitucionais, foram editadas com repercussão no sistema familiar, amparando as transformações reinantes na sociedade civil, inclusive no próprio relacionamento familiar. Merecem descrição, contudo, aquelas que incidiram de modo intrínseco na família brasileira, seja em sua formação, nas garantias dos seus relacionamentos, com efetiva repercussão nos direitos e deveres pessoais e patrimoniais dos seus integrantes.

Elucida Clóvis do Couto e Silva que, “no Direito de Família as modificações foram profundas. Ao tempo do Código Civil [de 1916] a família era extremamente patriarcal e os problemas da emancipação feminina e da igualdade dos cônjuges no casamento se foram propondo progressivamente em nosso meio”.²⁴⁸

O Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, foi editado com o fim de organizar e proteger a família, sendo certo que sua maior repercussão refere-se ao casamento de parentes colaterais de terceiro grau, dès que realizado o exame pré-nupcial, para se constatar a inexistência de inconvenientes para a saúde dos pretendentes e da eventual prole, nos ditames de seu artigo 2º e seus parágrafos.

Por exemplo, tio e sobrinha estavam impedidos de casarem-se, contudo, com a vigência dessa norma legal, comprovado, por perícia médico-legal, não haver inconveniente nenhum para a saúde deles ou de seus descendentes biológicos a união de seus materiais genéticos, o casamento poderia ser realizado, não imperando o impedimento matrimonial.

²⁴⁷ Águida Arruda Barbosa, O conceito de família no novo Código Civil brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 2.

²⁴⁸ Clóvis do Couto e Silva, O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro, p. 14.

O denominado Estatuto da Mulher Casada, que ditou novas regras jurídicas à varoa na sociedade conjugal, editado pela Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962²⁴⁹, originou profundas alterações interpretativas no Código Civil de 1916. Dentre outros pontos, extirpou do mundo jurídico a mencionada relativa incapacidade da mulher casada, ao aplicar nova redação ao artigo 6º da Lei Civil, excluindo-a do rol das pessoas com capacidade limitada; e, outrossim, procurou igualar os direitos e obrigações resultantes do matrimônio entre o marido e a esposa, em seu aspecto pessoal, como na redação que empreendeu ao artigo 233 do Código, ao apor a esposa como colaboradora do esposo no exercício da chefia da sociedade conjugal – antes dessa lei especial, a chefia da sociedade e seu respectivo exercício eram plenos e exclusivos do marido, sem participação nenhuma da mulher – e no patrimonial, “instituinto os bens reservados à mulher casada, como mecanismo de ajuste no tratamento da desigualdade entre homem e mulher”.²⁵⁰

A Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, rotulada de Lei do Divórcio, foi editada para regulamentar a instituição do divórcio no sistema jurídico brasileiro, uma vez que, pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, houve a constituição de marco epistemológico no casamento, com a possibilidade de sua dissolução; com efeito, o vínculo matrimonial conheceu a inédita forma de rompimento pelo divórcio. Em linhas gerais, neste momento, relaciona-se algumas de suas alterações relacionadas à concepção familiar, ainda que indiretamente: afora a instituição do divórcio, houve a abolição do termo “desquite”, que foi substituído pela expressão “separação judicial”; o regime legal de bens passou a ser a comunhão parcial, enquanto, até então, era o da comunhão universal.²⁵¹

Após a promulgação da Constituição republicana de 1988, várias regras legislativas foram editadas, com o fito de regulamentar ou complementar as diretrizes constitucionais estabelecidas²⁵², dentre as quais merecem descrição expressa as seguintes.

²⁴⁹ Como anotado, o Projeto de Lei n. 6.960 de 2002 pretende expressamente revogar esse Estatuto, nos termos de seu artigo 2.045.

²⁵⁰ Águida Arruda Barbosa, *O conceito de família no novo Código Civil brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 7.

²⁵¹ Arnoldo Wald, *O novo direito de família*, p. 23.

²⁵² Essas novas diretrizes constitucionais serão estudadas em tópico próprio, neste trabalho.

Norma de proteção à família é a Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, que cuida da indisponibilidade do bem de família, lembrada por Arnaldo Wald como a legislação que o protege não só quanto ao imóvel, mas também “equipamentos e bens móveis que guarnecem a casa, e passando a proteger tanto a família legítima quanto a entidade familiar decorrente da união estável”.²⁵³

O Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵⁴ veio ao mundo do direito pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, com repercussões pessoais e patrimoniais no direito de família, sobretudo no que tange à filiação, seu reconhecimento, direito alimentar e exercício do pátrio poder (arts. 19 a 27), hoje poder familiar.

Constituiu em seu artigo 28²⁵⁵ a família substituta – a ser, mais adiante, analisada e decifrada –, que se diferencia da família natural ou biológica, cuja configuração dá-se pela guarda, tutela ou adoção. A família substituta ou, por alguns doutrinadores denominada substitutiva, alusiva à sua atuação em substituição à família biológica, nada mais é que a família não-original, mas que assume e cumpre o mesmo papel que haveria de ser desempenhado pela família natural, como descreve Tânia da Silva Pereira: “A substituição familiar se prende à idéia de sua colocação no lugar ou na posição da família natural, desempenhando as mesmas funções.”²⁵⁶

Em 1992, foi editada a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro²⁵⁷, que facilitou sobremaneira a investigação de paternidade, com a realização de procedimento administrativo para a solução amistosa da eventual recusa paterna no reconhecimento do vínculo familiar. Como relatado *en passant*, a equiparação dos direitos e garantias aos filhos, independentemente da origem desse liame paternal, é um dos princípios vetores da novel ordem constitucional.

²⁵³ Arnaldo Wald, *O novo direito de família*, p. 25.

²⁵⁴ “Artigo 2º - Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.”

²⁵⁵ “Artigo 28 - A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.”

²⁵⁶ Tânia da Silva Pereira, *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 227.

²⁵⁷ Se aprovado, o Projeto de Lei n. 6.960/2002 revogará esse texto legal, em face da nova redação do artigo 2.045 do Código Civil atual.

Neste instante, faz-se necessária uma breve descrição sobre o reconhecimento de paternidade, porquanto, por ele, como se verificará depois, constitui-se uma nova família, um vínculo familiar nasce desse ato jurídico, o que resulta em análise com mais vagar dos textos legislativos que lhe trouxeram novas roupagens.

Caio Mário da Silva Pereira ressalta que “a curva evolutiva de proteção aos filhos adulterinos caracteriza-se por constante ascensão. Quase todos os sistemas legislativos se encaminham no sentido de lhes conceder direitos cada vez mais amplos. No nosso e em alheio direito. (...) Entre nós, a grande reforma legislativa, ao propósito, foi o Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, derogando os artigos 350 e 363 do Código Civil [de 1916], para permitir o reconhecimento de paternidade dos filhos havidos fora do matrimônio, após o desquite”.²⁵⁸

Nessa onda evolutiva, nasceu a Lei n. 883, em 21 de outubro de 1949, que, afora o reconhecimento após a dissolução da sociedade conjugal, e ainda o direito alimentar ao filho ilegítimo (art. 4º), o possibilitava “ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável” (art. 1º, § 1º, acrescentado pela Lei do Divórcio).

A evolução legislativa brasileira, após a Carta Federal de 1988, consolidou-se com a sobredita Lei n. 8.560/92, cujo artigo 1º possibilita o reconhecimento de filhos extraconjugais, que é irrevogável, por uma das seguintes maneiras: no próprio assento de nascimento, por escrito público ou particular, testamento e “por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém”, como encerra o inciso IV do mencionado dispositivo legal.

Há que se enaltecer o estatuído no artigo 26, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo qual o reconhecimento espontâneo de filho havido fora do casamento poderá ocorrer antes do seu nascimento ou até mesmo após o falecimento dele, ressalvado, no último caso, se o filho deixar descendentes. Como esclarece Washington de Barros Monteiro, “*ao estabelecer essa condição, quis o legislador, certamente, coibir*

²⁵⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 80-81.

propósitos mercenários, evitando problemas inspirados pelo interesse ou cupidez”²⁵⁹, uma vez que, do contrário, poderiam surgir reconhecimentos de filiações com o fito único do reconhecedor, após, apresentar-se como sucessor do filho reconhecido e pré-morto, visto que descendentes ele não os teria.

O reconhecimento judicial decorre de sentença proferida em pedido de investigação de paternidade, que será proposta pelo filho – pessoalmente, se capaz, ou por intermédio de seu representante legal, se relativa ou absolutamente incapaz – contra o pretenso genitor, se vivo, ou seus herdeiros, se estiver morto. O representante do Ministério Público, na qualidade de substituto processual, também ostenta legitimidade ativa para esse pleito judicial, nos ditames do artigo 2º, parágrafo 4º da Lei n. 8.560/92.

Seja qual for a origem da filiação, mesmo que havida fora do matrimônio, é possível o seu reconhecimento voluntário e, assim não sendo realizado, mediante determinação judicial em ação investigatória, o dito reconhecimento forçado.²⁶⁰

Feitos esses relatos legislativos acerca do reconhecimento de paternidade, há que se prosseguir com a descrição de outras normas legais ordinárias que repercutiram na constituição da família brasileira, inclusive na descrição dos indivíduos que a compõem.

A união estável obteve suas garantias legais em âmbito infraconstitucional com a promulgação das Leis ns. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de

²⁵⁹ Washington de Barros Monteiro, Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais (art. 25-27), p. 103.

²⁶⁰ J. Franklin Alves Felipe confirma que “se não há o reconhecimento voluntário, abre-se ao filho a possibilidade de obtê-lo coercitivamente do pai, através da ação de investigação de paternidade” e, mais adiante esclarece, outrossim: “Com a vigência da Lei n. 8.560/92, contudo, entendemos que as restrições que pudessem ser impostas ao reconhecimento de filho adulterino *a matre* deixam de existir.” (*Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*, p. 50 e 55). Personalíssimo, indisponível e imprescritível é o reconhecimento do estado de filiação, uma vez que é inerente ao estado de filho, não se transmitindo o direito de ser filho a quem quer que seja. Não pode ser objeto de transação ou qualquer negociação e, enquanto vivo, a qualquer momento, o filho poderá postular esse estado, tanto que o Supremo Tribunal Federal sumulou: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade ou maternidade, mas não o é a de petição de herança.” (Súmula n. 149).

1996. A primeira delas reconheceu direito alimentar²⁶¹ e sucessório²⁶² aos companheiros, desde que satisfeitos o requisito temporal de no mínimo cinco anos de convivência ou prole comum.

Editada para regulamentar o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, a Lei n. 9.278/96 extirpou os sobreditos requisitos temporal e prole para configuração da entidade familiar entre conviventes – terminologia também por ela introduzida em substituição a companheiros –, criou direitos e deveres pessoais, como respeito, consideração e assistência recíprocos, e patrimoniais, fulcrados no partilhamento do patrimônio adquirido durante a convivência, de modo oneroso, pelo esforço comum.²⁶³

No interregno das duas normas acima referidas, foi sancionada, em 12 de janeiro de 1996, a Lei n. 9.263, para regular o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, relacionado ao planejamento familiar, o qual está igualmente definido no seu artigo 2º, *caput*: “Entende-se por planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”; o seu parágrafo único complementa: “É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.”

²⁶¹ Francisco José Cahali assegura que para se falar em direito e obrigação alimentícia entre companheiros, há que se ater na análise da culpa pelo rompimento do vínculo até então estabilizado, advertindo o seguinte: “Admitindo-se a obrigação alimentar desvinculada da responsabilidade pela separação, ao lado do amparo ou até do estímulo à ociosidade, estar-se-á incentivando a busca por uniões exclusivamente baseadas em interesses econômicos, de pessoas que objetivam uma acomodação social futura, tolerando o parceiro abastado por poucos anos para, ao abandoná-lo, ou, o que é pior, assumir uma traição, desfrutar de expressiva vantagem econômica mensal. Em nosso sentir, aí sim estaria a falência dos institutos.” (*União estável e alimentos entre companheiros*, p. 106-107).

²⁶² No que tange à sucessão, predominou, à época, como alerta Ana Luiza Maia Nevares, o entendimento acerca da alteração da “ordem de vocação hereditária do artigo 1.603 do Código Civil de 1916. Em seu inciso III, leia-se, a partir da Lei n. 8.971/94, o cônjuge ‘ou o companheiro’.” (A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional, p. 140).

²⁶³ Em pontual comentário sobre essa norma especial, Rodrigo da Cunha Pereira afirma: “Apesar das imprecisões técnicas e até mesmo da confusão em razão de uma possível desconexão com a Lei n. 8.971/96, ela é bem intencionada. Traz avanço quando, no artigo 9º, transfere de vez a matéria do campo do Direito das Obrigações para o de Família. Mas, para além do reconhecimento do Estado a tais uniões, está sua regulamentação. Na verdade, é aí que está o excesso e a contradição. Qualquer tentativa de regulamentação que se fizer nesse campo esbarra em seu paradoxo, mas que parece ser mesmo de sua essência: busca a proteção do Estado, mas não comporta regulamentação; não sendo regulamentável, pode ocasionar injustiças.” (*Concubinato e união estável*, p. 118).

Há pouco mais de dois anos, foi editada a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, denominada Estatuto do Idoso²⁶⁴ que, em referendo à norma estatutária menorista, explicitou o relacionamento familiar substituto ao idoso, consoante expressa o seu artigo 37, *caput*: “O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.”

Esse diploma, no entanto, diferentemente do Estatuto da Criança e do Adolescente, não descreve quais as formas pelas quais se coloca o idoso em família substituta; por dedução, anota-se que o instituto da guarda encontra semelhança no acolhimento²⁶⁵ do Estatuto do Idoso, assim como a tutela, que tem como sujeitos passivos pessoas incapazes em decorrência da idade, assemelha-se à curatela, em cuja proteção pode sujeitar-se uma pessoa idosa, não pela idade somente, mas sim, e principalmente, por problemas físicos, clínicos e psicológicos que resultem em sua interdição e conseqüente nomeação de curador para cuidar e gerir sua pessoa e patrimônio. A adoção, ainda que indiretamente, é modo de acolhida do idoso em família substituta, mormente quando ele figurar na posição de pai adotivo – expressão aqui utilizada como tipificação da relação paterno-filial, não como discriminatória.

²⁶⁴ “Artigo 1º - É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. Pietro Perlingieri comenta: “Hoje, todavia, uma pessoa torna-se idoso não com base em subjetivas características psicofísicas, mas por efeito de objetivas determinações sócio-produtivas. O idoso acaba por ser uma categoria, um produto do sistema econômico, o qual decide quando se é idoso.” (*Perfis do direito civil*, p. 168).

²⁶⁵ “Artigo 36 - O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais”. Não obstante essa proteção à pessoa idosa, apenas com intuito elucidativo, menciona-se a constatação ressaltada por Pérola Melissa Vianna Braga: “Um dos principais fenômenos registrados pelo Censo 2000 é o crescimento do número de netos e bisnetos que vivem com os avós e, em geral, são sustentados por eles. Em 1991, eram 2,5 milhões de netos e bisnetos, que passaram para 4,2 milhões em 2000. Do total de pessoas que vivem com o responsável no país, 8,8% são netos ou bisnetos. No início da década, eram 6,8%.” (*Direitos do idoso*, p. 80). Sobre o temário, interessantes notas conclusivas oferece Pedro Lino de Carvalho Júnior: “O direito de família necessita voltar os olhos para os idosos, não para mirá-los com piedade, mas objetivando assegurar-lhes direitos e faculdades condizentes com a fase existencial em que se encontram. (...) Neste sentido, a concreção de um estatuto do idoso no campo do direito de família seria um passo importante: se as normas por si só não alteram a realidade, ao menos a sua existência facilita as transformações. Segundo pesquisas e dados recentes do IBGE, em 2050 a população brasileira de idosos será superior à dos jovens e adolescentes, e não estamos nos preparando para enfrentar este desafio.” (*O idoso e o direito de família*, p. 9-10).

Dessume-se portanto que, no Estatuto do Idoso, a colocação em família substituta far-se-á pelo acolhimento, pela curatela e até mesmo pela adoção – essa normalmente de modo indireto – de institutos de proteção à pessoa idosa.

3.4 Código Civil de 2002

Em 10 de janeiro de 2002, foi editada a Lei n. 10.471, que instituiu o Código Civil brasileiro, conhecido como o Novo Código Civil ou o Código Civil de 2002.

O projeto desse Código, redigido na década de 1970, referia-se originariamente ao termo família legítima, reprisando a comunidade que se originava do e pelo casamento, consoante os artigos 1.509 (“O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família legítima”) e 1.567 (“Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”).

Como a Constituição da República acolhe, em seu artigo 227, parágrafo 6º, a plena isonomia de direitos e deveres entre os filhos, qualquer que seja a origem da filiação, o então projeto de lei fatalmente sofreu emendas para sua adequação ao ordenamento constitucional vigente²⁶⁶, não só quanto às ditas designações, mas no que tange à origem da comunidade familiar, como mais adiante se analisará, em vista dos novos conceitos e diretrizes decorrentes do artigo 226 e seus parágrafos, da mesma Carta Federal.

O artigo 1.510 do Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984 – após a redação final no Senado Federal apresentada pelo Senador Josaphat Marinho, relator-geral –, que inaugura o Livro de Direito de Família, estatuiu que “o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família”; e o artigo 1.568, no capítulo relacionado à eficácia do matrimônio, que este redundava no “(...)

²⁶⁶ Esclarece Ricardo Fiuza, ao comentar os princípios constitucionais que repercutiram diretamente no projeto de Código Civil: “Evidentemente, essas alterações essenciais vieram de exigir o acatamento da reforma civilista, em fase legislativa, a tanto que expressivo número de emendas oferecidas pelo Senado Federal cuidaram, com necessidade, de contextualizar a dicção constitucional a esse novo sistema jurídico-familiar. Assim, das 332 emendas aprovadas, 138 dizem respeito a dispositivos que tratam de direito de família, representando, portanto, 42% (quarenta e dois por cento) das emendas.” (*Novo Código Civil: estrutura do projeto e etapas de elaboração*, p. 3).

reconhecimento dos filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”, expurgado o termo *legítima* de seus textos como adjetivos da família.²⁶⁷

Após a tramitação no Senado Federal, esse último dispositivo foi retirado do projeto de lei, enquanto o Livro da Família é inaugurado pelo artigo 1.511 – cuja redação fora proposta, na Câmara dos Deputados, pelo relator-geral Deputado Ricardo Fiúza – com o seguinte teor: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, donde se exclui a instituição da família pelo matrimônio. Essa é a redação do atual artigo 1.511 do Código Civil de 2002.

O casamento permanece íntegro no direito brasileiro, todavia ele não é mais o único modo de constituição de uma família. A família pode ser formada pelo esposo, esposa e seus filhos, entre outros modos de sua instituição.

Enfatiza Antônio Chaves o que merece especial atenção: “Respeita-se o instituto do casamento, que, uma vez preservado o vínculo do amor entre os cônjuges, por certo se configura como a união ideal, tanto mais próxima da perfeição quanto unidos os seus componentes – pais e filhos – numa família estável, à luz da moralidade e do direito. Mas não se pode olvidar a realidade social, dos que vivem sob estado de casados, igualando-se à família regularmente constituída, em seus múltiplos direitos e deveres.”²⁶⁸

A família, no direito familiar vigente, portanto, nasce do relacionamento entre homem, mulher e os respectivos filhos, existindo ou não casamento válido entre aqueles, como também família há entre qualquer um deles (pai ou mãe) e seus descendentes, questão a ser analisada detidamente em capítulo específico.

²⁶⁷ Em seu pronunciamento, quando da apresentação do relatório final ao plenário do Senado Federal, relatou Josaphat Marinho o seguinte: “A grande modificação no projeto decorreu da Constituição Federal quanto ao Direito de Família. A Constituição Federal proclamou a igualdade de direitos entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, criou a figura da união estável como entidade familiar, proclamou o direito de igualdade entre os filhos, inclusive os adotivos. Tornava-se, assim, necessário modificar o projeto e, aí, substancialmente. (...) Eliminaram-se do projeto, em todos os seus artigos, as expressões legítimo, ilegítimo e natural. Não há por que falar mais no Código em filho legítimo, ilegítimo, natural ou de qualquer natureza, porque a Constituição Federal os igualou e proibiu, expressamente, a consignação de quaisquer designações ou diferenças. Portanto, com as modificações introduzidas, o Código só se refere agora a filho. Por outro lado, já não é possível proclamar-se no Código que a família resulta apenas do casamento. Assim ocorria na situação anterior, mas a Constituição Federal criou como entidade familiar a união estável. E estabeleceu que o legislador deve facilitar sua conversão em casamento.” (CÓDIGO Civil: Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984 – Redação Final, p. 28-29 – destacou-se).

²⁶⁸ Antônio Chaves, *Tratado de direito civil: direito de família* v. 5, t. 1, p. 32.

Euclides Benedito de Oliveira ensina que “o novo ordenamento abandona a visão patriarcalista que inspirou a elaboração do Código revogado, quando o casamento era a única forma de constituição da família e nesta imperava a figura do marido, ficando a mulher em situação submissa e inferiorizada”.²⁶⁹

Depreende-se, pois, que o casamento já não é o exclusivo modo de constituição de uma família brasileira, que poderá originar-se de outros relacionamentos.

3.5 Constituições do Brasil

A reforma constitucional do conceito de *família* no direito brasileiro teve como ponto original a própria mudança de comportamento da sociedade civil, donde se pode dizer que houve sim uma enorme revolução nas composições familiares. O que é certo, no entanto, é que famílias de fato sempre existiram em grande número e estavam ao desamparo legal, escamoteadas da concepção familiar, como se esses relacionamentos, para o direito, nada representassem.

Das uniões fáticas entre um homem e uma mulher, como corolário biológico natural, filhos vinham à luz e, ante o falado desamparo, eram justamente esses filhos – que em nada contribuíram para a união de seus pais e que influência alguma tiveram para que a relação, inclusive sexual, fosse concretizada; cujas manifestações de vontades não foram externadas – que ficavam à margem da lei, como se fossem seres humanos de segunda categoria, filhos de escalão inferior aos nascidos de relação conjugal (casamento válido) entre os genitores.

As Constituições brasileiras, desde a Imperial, de 1824, até a republicana vigente (1988), apresentaram variadas composições e alternâncias na comunidade familiar.

²⁶⁹ Euclides Benedito de Oliveira, *Direito de família no novo Código Civil*, p. 6.

Na Constituição Política do Império do Brasil, outorgada por D. Pedro I, em 25 de março de 1824, não havia qualquer referência à família, salvo no que tange à família imperial, em seu Título 5º, Capítulo III.

José Sebastião de Oliveira esclarece que essa descrição familiar referia-se à sucessão hereditária do poder imperial, pois “fixava as regras de sucessão do poder que era feita através de dinastia; tutelava a família imperial enquanto dinastia: poder hereditário e vitalício”. E complementa: “por seu caráter não-intervencionista, não destinou normas específicas sobre a família brasileira, sua forma de constituição ou mesmo sua proteção.”²⁷⁰

Com o início da República, foi editada a segunda Carta Federal, a primeira dessa fase republicana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891²⁷¹, sem qualquer referência à composição, ou mesmo à própria família brasileira, reconhecia somente o casamento civil, com gratuita celebração (art. 72, § 4º), com o fito de marcar a separação dos poderes da Igreja e do Estado, com a retirada do controle católico sobre o casamento.²⁷²

A Constituição Republicana de 1934, “a terceira Constituição do Brasil, segunda Constituição da República, foi promulgada aos 16.7.1934, contendo um total de 187 artigos, ou seja, mais do dobro do que os da Constituição de 1891, que contava nove

²⁷⁰ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 32. Em estudo histórico sobre as Constituições brasileiras, a Price Waterhouse narra: “Dentre seus 179 artigos, a Carta de 1824 tem de mais significativo a instituição do Poder Moderador, a adoção do catolicismo como religião oficial e a consagração da Monarquia. O Poder Moderador, considerado como a chave de toda a organização política, é privativo do Imperador, através do qual velar-se-á pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos poderes políticos.” (*A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada*, p. 31).

²⁷¹ Nessa Constituição, é extinto o Poder Moderador, rompendo-se “com a divisão quadripartita vigente no Império de inspiração de Benjamin Constant, para agasalhar a doutrina tripartita de Montesquieu”, consoante leciona José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 78). Complementa José Cretella Júnior que, “por orientação de Rui Barbosa, nossa Primeira Constituição Republicana tomou por modelo a Constituição norte-americana, cujos princípios fundamentais foram adotados pelos constituintes pátrios” (*Elementos de direito constitucional*, p. 30), disso decerto o rótulo Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

²⁷² Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior comentam que “o Estado abandonou a religião oficial. Como consequência, retirou o controle dos cemitérios da Igreja, passando-o aos Municípios. Houve certo exagero no repúdio aos valores religiosos, proibindo-se o ensino religioso em escolas públicas e retirando-se os efeitos civis do casamento religioso” (*Curso de direito constitucional*, p. 74). Acrescenta Antônio Chaves, ao comentar a Carta de 1934, “(...) reconhecidamente de cunho social, estabeleceu como dever do Estado ‘socorrer as famílias de prole numerosa’ (art. 138, ‘d’)” (*Tratado de direito civil: direito de família*, v. 5, t. 1, p. 31).

dezenas”²⁷³, foi o marco histórico para o instituto *família*, pois foi a Carta Federal que o levou para o campo constitucional, estabelecendo que é oriundo de casamento indissolúvel, seja civil ou religioso, desde que devidamente registrado (arts. 144 a 146).

Complementa essas informações José Sebastião de Oliveira: “Ficou também restabelecida em nível constitucional a reconciliação com a Igreja Católica e por extensão beneficiou os outros credos religiosos acatólicos, quando se passou a permitir que fossem estendidos os efeitos civis aos casamentos religiosos desde que o rito do ato não contrariasse a ordem pública ou os bons costumes, observasse os preceitos da lei civil na verificação dos impedimentos matrimoniais e no processo de oposição e ainda fosse inscrito no Registro Civil.”²⁷⁴

Em 10 de novembro de 1937, surgiu outra Constituição Federal, decorrente de golpe de estado aplicado por Getúlio Dornelles Vargas, então Presidente da República²⁷⁵ que, nos artigos 124 a 127, praticamente reprisou os ditames da Carta anterior sobre o instituto da família, “com acréscimo relativo à igualdade dos filhos naturais com os legítimos, e à proteção da infância e da juventude pelo Estado”.²⁷⁶

Em seguida, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946, promulgada em 18 de setembro (arts. 163 a 165), a Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (art. 167 e parágrafos) e a Emenda Constitucional n. 1²⁷⁷, de 17 de outubro de 1969 (art. 175 e parágrafos), seguiram, em linhas gerais, as mesmas diretrizes da Constituição de 1934, de sorte que família era, em verdade, somente a *família legítima*, ou

²⁷³ José Cretella Júnior, *Elementos de direito constitucional*, p. 38.

²⁷⁴ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 50.

²⁷⁵ José Cretella Júnior ensina que “tendo um total de 187 artigos, como a Constituição anterior, redigida apressadamente por Francisco Campos, a Carta de 1937 entra logo em vigor, tendo sido anunciada pelo rádio, em todo o país” (*Elementos de direito constitucional*, p. 40). E também: “A Constituição de 1937 fica conhecida como a ‘Polaca’, Constituição autoritária inspirada em modelos corporativistas europeus, imposta aos poloneses em 1926 pelo General José F. Pilsudski.” (Price Waterhouse. *A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada*, p. 71).

²⁷⁶ Antônio Chaves, *Tratado de direito civil: direito de família*, v. 5, t. 1, p. 31. José Sebastião de Oliveira complementa: “Levando-se em conta que esta Constituição fora outorgada pela mesma pessoa que chefiava o governo provisório, quando da elaboração da Constituição de 1934, efetivamente o tema ‘Família’ pouca alteração de fundo deveria sofrer e efetivamente foi o que acabou ocorrendo.” (*Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 52).

²⁷⁷ José Afonso da Silva comenta que: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: ‘Constituição da República Federativa do Brasil’, enquanto a de 1967 se chamava apenas ‘Constituição do Brasil’.” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 87).

seja, que tivesse origem em casamento válido, civil ou religioso com efeitos civis, o qual era indissolúvel.

O que há de unânime em todas as Cartas Magnas, desde a Imperial até a Emenda de 1969, é que família era a entidade originada da união de um homem com uma mulher, mas desde que essa união fosse por justas núpcias, isto é, com a celebração de um casamento legal. O casamento era, em verdade, a base da existência da família.

Álvaro Villaça Azevedo esclarece: “Como se pode notar, nossos textos constitucionais sempre primaram por declarar proteção à família constituída sob casamento; todavia, sempre silenciaram sobre a proteção da família de fato. Aliás, tal qual a legislação ordinária, é como se ela não existisse. Entendemos que o Estado não deve preocupar-se, somente, com a família legítima, pois sua base, sem sustentáculo é a família, em geral, sem adjetivações.”²⁷⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988²⁷⁹, em plena vigência, trouxe a tão esperada inovação e evolução no conceito de família, pois determina que família, além da união resultante de casamento, também será considerada a originada de uma união estável entre homem e mulher, bem como a relação entre qualquer dos genitores e seus descendentes, como se depreende da análise do artigo 226, parágrafos 3º e 4º.²⁸⁰

Humberto Theodoro Júnior, em nota atualizadora à obra de Orlando Gomes, em comentário ao artigo 226, *caput* da Constituição Federal vigente, narra que: “A grande novidade, porém, é a eliminação do qualificativo ‘legítima’, de maneira que a família reconhecida como célula da sociedade, para os efeitos da Carta Magna não é apenas a que nasce do casamento civil, mas também aquela que se forma naturalmente, da relação entre

²⁷⁸ Álvaro Villaça Azevedo, *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 250.

²⁷⁹ Relata José Afonso da Silva que essa “é a ‘Constituição Cidadã’, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 90).

²⁸⁰ Os artigos 226 e 227 da Carta Federal concentram as diretrizes constitucionais relacionadas à família, mas, em todo seu texto, por dezesseis vezes é mencionado o termo família (Lourival Serejo, *Direito constitucional da família*).

o homem e a mulher e entre pais e descendentes, pouco importando a presença ou ausência do vínculo oficial entre os genitores.”²⁸¹

A nova ordem constitucional é inovadora em face das anteriores, contudo imprescindível era esse avanço legislativo-constitucional, pois inúmeros relacionamentos familiares existiam, existem e sempre existirão, sem que se origine de casamento (matrimônio civil, legítimo), e que estavam ao desalento, sob total desamparo legislativo; mas, agora, há a proteção que decorre da própria Carta Magna e a família continua a ser a *base da sociedade*, independentemente de sua procedência (*legítima* ou *não*).

José Sebastião de Oliveira leciona: “Uma questão que devemos ter bastante clara na análise da Constituição Federal de 1988, no que se refere à família, é que ela apenas reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira. Não foi a partir dela que toda a mudança na família brasileira ocorreu. Constitucionalizaram-se valores que estavam impregnados e disseminados no seio da sociedade. Dos fatos e valores caminhou-se para as normas, tardiamente, é verdade. O texto constitucional de 1988 contemplou e abrigou uma evolução fática anterior da família e do Direito de Família que estava represado na doutrina e na jurisprudência.”²⁸²

A mutação do convívio social e dos relacionamentos familiares e pessoais foi amparada em seara constitucional, porquanto, a partir de ausência descritas em textos constitucionais pretéritos, a família teve momentos de expressa descrição constitucional, a qual seria constituída somente pelo vínculo matrimonial – indissolúvel, inicialmente –, até alçar a condição vigente, estabelecida na Carta de 1988, ou seja, ser composta a partir de variadas formas jurídicas, inclusive pelo casamento.

3.6 Definição e composição

Para compreender o contexto familiar contemporâneo, mormente na sociedade brasileira, fez-se necessário o transcurso, mesmo que em ligeiras anotações, pela mutação da família em seara legislativa, infra e constitucional. Depois desse percurso, tem-se

²⁸¹ Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 2.

²⁸² José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 91.

elementos seguros e suficientes a embasar a apresentação da atual composição da família, com a definição de seus contornos e, inclusive, quais os modos de constituição de um relacionamento familiar.

Partiu-se de uma família patriarcal, constituída exclusivamente pelo casamento, cujas pessoas que a compunham eram o pai, a mãe e os filhos; ou melhor, o esposo, a esposa e seus filhos em comum. Desde logo pode-se extrair uma primária conclusão: o casamento é, sim, uma forma de constituição da família brasileira, todavia não é mais a única.

A sociedade, a família e o povo brasileiro transformaram-se no decorrer dos tempos, não só em seus aspectos subjetivos, mas e principalmente, em seus relacionamentos – sociais e familiares –, o que resultou no conseqüente amparo legislativo dessas metamorfoses convivenciais e, por seqüência, na concepção de novas estruturas sócio-familiares, com uma nova definição da família brasileira.²⁸³

Definir o que seja família, decerto é uma tarefa inglória, geradora de conflitos e controvérsias, pois, ao tentar-se desvendar a sua definição, o que se busca realmente é encontrar a atual acepção, mormente a da família brasileira, focando-se na forma dela ser constituída e quais as pessoas que a compõem, sua real e contemporânea estrutura.

As palavras de Cristina de Oliveira Zamberlam demonstram o terreno arenoso em busca de definição do que seja uma família: “Família não abarca um único significado. Evidencia-se, inclusive, que a família não é uma expressão passível de conceituação, mas tão-somente de descrições; ou seja, é possível descrever as várias estruturas ou modalidades assumidas pela família através dos tempos, mas não defini-la ou encontrar algum elemento comum a todas as formas com que se apresenta este agrupamento humano.”²⁸⁴

²⁸³ Adriana Mendes Oliveira de Castro comenta que “o conceito de família tem sofrido variações, e a configuração da estrutura familiar tem se modificado, acompanhando a evolução da realidade social” (A família, a sociedade e o direito, p. 87).

²⁸⁴ Cristina de Oliveira Zamberlam, *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*, p. 107.

Como anotado em linhas passadas, a família é um fato natural, cujo relacionamento humano é da própria natureza da pessoa, todavia deve-se focar, neste momento, a forma de constituição da família brasileira nos tempos atuais, e quais as pessoas que a integram, respostas essas diretamente vinculadas às mutações empreendidas pela sociedade.

As transformações e mutações operadas em âmbito social, familiar e pessoal e, por isso, até mesmo na seara legislativa, resultaram na alteração do que se deva entender por família, seja na forma de instituição, seja pelos entes que a integram; com efeito, o que se metamorfoseou foi a nova conjuntura familiar, não a mera definição ou conceito de família.

Procurar-se-á, com fulcro nessas mudanças enfocadas, analisar como era composta a família tradicional e como se há de enfocar a composição moderna de família brasileira. Em alvoroçada indução, pode-se acolher a tese acerca da existência de paradoxo na composição entre a família de ontem e a de hoje; ver-se-á, no entanto, que a única família legalmente amparada até então é, na verdade, um dos agrupamentos familiares modernos. Houve, nada mais, nada menos, do que a guarida legislativa pelas variadas formações familiares, sem que se diga que a família transformou-se radicalmente, mas o que se alterou foi sua concepção instituidora e sua interação entre seus membros, entre si e com relação a outros ramos da sociedade.

Tradicionalmente, portanto, designava-se a família constituída pelos pais, isto é, o marido e sua esposa, e sua prole conjunta, sendo certo que o relacionamento existente entre aqueles adviria de casamento (união entre homem e mulher, de acordo com a lei civil).

Afora esse tradicional, pode-se dizer atualmente que a família possui uma *composição legal*, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.7.1990) disciplina, em seu artigo 25, que: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”; dessume-se, desde logo, que esse dispositivo não faz qualquer referência à procedência da relação entre os pais, ou seja, se a união entre eles é de matrimônio legal ou união estável, não adjetiva o relacionamento entre os genitores.

E mais, enfoca o relacionamento unilateral decorrente da família natural composta por quaisquer dos genitores com os seus descendentes; é família e, família natural, a integrada pelo pai e seus filhos, como pela mãe e seus filhos. Essa família possui uma denominação constitucional de *entidade familiar*, nos ditames do artigo 226, parágrafo 4º da Carta da República de 1988, que logo mais se enfocará.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao apor a qualificação “natural”²⁸⁵, depois do termo família, fê-lo com intuito de diferenciá-lo da expressão família substituta – a qual se estudará adiante –, como afirma Washington de Barros Monteiro²⁸⁶, que enfatiza: “Com ou sem casamento, desde que uma comunidade de vida se formou entre os pais, ou qualquer deles, e os filhos, a família, assim constituída, não pode deixar de ser havida como *família natural*, para os fins legais”²⁸⁷ (grifado no original).

Assim também se pronuncia Roberto João Elias, em comentários ao sobredito artigo estatutário: “Ao se referir à família, para conceituá-la, não se cogita em casamento; basta que haja uma comunidade formada pelos pais, ou qualquer deles, e seus descendentes.”²⁸⁸

Família natural, portanto, decorre do relacionamento entre pai, mãe e seus filhos, independentemente da existência de casamento válido entre aqueles – note-se que se fala em pai e mãe, e não em marido e esposa –, como de qualquer um deles (pai ou mãe) e seus descendentes respectivos. Família natural é a biológica ou consangüínea, que se difere, repita-se, da família substituta.

²⁸⁵ Esse adjetivo *natural* da família, em verdade, não se deve confundir com a filiação natural que reinava no Código Civil de 1916, antes da interpretação imposta pela Constituição Federal de 1988, onde o filho natural era o ilegítimo – filiação extramatrimonial – “de pessoas entre as quais não há proibição de se casarem no momento em que foram concebidos” (Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 341), ou seja, os filhos que poderiam ser legitimados com o casamento de seus genitores, que impedidos não estavam de convolar núpcias (art. 353 do CC/1916).

²⁸⁶ Washington de Barros Monteiro, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais* (arts. 25-27), p. 101. Com intuito informativo, diga-se que Caio Mário da Silva Pereira esclarece: “Não é, porém, harmônica a aceitação do conceito de ‘família natural’. Ao revés, muitos a repelem, muitos negam a sua existência, sustentando mesmo que é a necessidade de proteção da família legítima que inspira recusar regulamentação a uma ‘família de segunda zona’.” (*Instituições de direito civil*, direito de família, v. 5, p. 21).

²⁸⁷ Washington de Barros Monteiro, *ob. cit.*, p. 102.

²⁸⁸ Roberto João Elias, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*, p. 16.

Diogo Leite de Campos leciona: “Existe, nos diversos países da Euro-América, a consciência de que se tem vindo a assistir há décadas, ao aparecimento de uma nova família, tanto nas suas características sociais, como no seu tratamento jurídico”²⁸⁹. O enfoque do instituto, do modo tradicional para a atualidade jurídica e social, demonstra a evolução, revolução e transformação familiar por que se passou, passa-se e, decerto, se passará, com o transcorrer dos tempos, pela qual a norma legal há de acolher, como o fez, as novas realidades de relacionamento humano.

Indiscutíveis e irrefutáveis as eminentes mutações sociais que repercutem na concepção de família, como as transformações comportamentais desta também influenciam e desembocam em mudanças sociais, consoante variadas narrativas doutrinárias expostas.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 3º, dispõe: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”; e o parágrafo 4º seguinte complementa: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Ao se interpretar o sobredito artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já deveras recorrido, denota-se que a família por ele qualificada natural é a conjugação desses dispositivos constitucionais, sem se esquecer que, sendo os pais legalmente casados entre si, igualmente essa família será tipificada como natural.

Há que se indagar, no entanto, o que se deva entender por entidade familiar, taxativamente escrita nos parágrafos acima da Carta da República, a qual decorre da união estável entre um homem e uma mulher e, ainda, da relação entre um só dos genitores e seus descendentes, o que origina a chamada família monoparental.

O primeiro passo a seguir é a narrativa de comentários e reflexões acerca dos institutos *família* e *entidade familiar*, com o fito de se concluir se são sinônimos ou se um deles é gênero, do qual o outro é espécie.

²⁸⁹ Diogo Leite de Campos, A nova família, p. 15.

Divergências reinam nessa propositura, principalmente sobre a similitude ou antinomia dos dois termos.

Carlos Alberto Bittar aponta que família é o instituto que surge do relacionamento entre esposo, esposa e seus filhos, dêse que aquele seja oriundo de um casamento, ou seja, a expressão família é, em verdade, a *família legítima*; e que entidade familiar é a instituição que nasce da união estável entre homem e mulher, ou da convivência entre pelo menos um dos pais e seus descendentes; e argumenta: “A família, que, como natural, forma o núcleo central da sociedade, é a instituição que preserva e se protege no direito estatal, reunindo-se pelo casamento e sob regime solene, diante das responsabilidades que do ato resultam e no qual participa representante do Estado. As entidades familiares foram assim conceituadas apenas para efeito de proteção do Estado, através de mecanismos assistenciais, não se integrando, portanto, ao plano do Direito de Família, ou seja, na Parte Especial do Código Civil como tal. Essas relações constituem matéria de direito comum, submetidas à vontade dos interessados, cabendo ao Estado, apenas, por meio de órgãos administrativos de assistência, ou órgãos judiciais de solução de conflitos, conforme o caso, interceder.”²⁹⁰

Portanto, para Carlos Alberto Bittar os institutos *família* e *entidade familiar* são anônimos, sem que, em ocasião alguma, tenha a Carta Federal de 1988, os equiparado.

Áurea Pimentel Pereira critica com veemência o dispositivo constitucional em análise, afirmando ofensa a princípios de ética e de direito, mormente, na seara do de família.²⁹¹

Predomina, contudo, o entendimento diametralmente oposto, ou seja, dos doutrinadores que tratam as expressões família e entidade familiar como sinônimas. Nesse, a posição de Carlos Alberto Menezes Direito: “Assim, *entidade familiar* tanto é a que se origina do casamento, como a que nasce da união estável, como, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.”²⁹² (destacado no original)

²⁹⁰ Carlos Alberto Bittar, *O direito civil na Constituição de 1988*, p. 60.

²⁹¹ Áurea Pimentel Pereira, *A nova Constituição e o direito de família*, p. 22.

²⁹² Carlos Alberto Menezes Direito, *Da união estável como entidade familiar*, p. 22.

Semy Glanz também afirma a sinonímia: “Assim, o termo *família* passa a abranger, não apenas a chamada *família legítima*, como qualquer outra, com ou sem casamento formal, pois todas as famílias passam a ter proteção do Estado.”²⁹³ (destaques no original).

Conclui Antonio Carlos Mathias Coltro que “a mencionada entidade familiar se traduz em verdadeiro sinônimo de família”.²⁹⁴

Ante os dispositivos contidos no artigo 226 e seus parágrafos da Constituição Federal, assume-se a opinião de que *sinônimos* são os institutos *família* e *entidade familiar*, de sorte que a *família* poderá ser constituída das seguintes formas: por casamento (civil ou religioso com efeitos civis – §§ 1º e 2º), pela união estável entre um homem e uma mulher (§ 3º), e pela “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§ 4º).

Tudo isso é família ou, se se preferir, entidade familiar.

Acentua José Sebastião de Oliveira: “Assim, desde 5.10.1988 – data da promulgação da Constituição Federal de 1988 –, não podemos mais falar em uma única espécie de família. A Constituição Federal contemplou três diferentes formas de constituição familiar colocando novamente o direito positivo em plena correspondência com a realidade social.”²⁹⁵

A mutação social humana sempre está à frente da evolução legal e jurídica, os fatos acontecem para que, posteriormente, o legislador apresente o ordenamento legal para a solução dos conflitos e impasses porventura surgidos. No estudo em apreço, isso não foi diverso, porquanto, sabido e ressabido é que variadas, inúmeras e infinitas comunidades eram constituídas, dia após dia, à margem da lei, e, somente da que surgisse de uma união legítima entre um homem e uma mulher (união essa denominada de casamento) é que existiria a família, cujos membros teriam a proteção legal.

²⁹³ Semy Glanz, *União estável*, p. 14.

²⁹⁴ Antonio Carlos Mathias Coltro, *A Constituição Federal e a união estável entre o homem e mulher*, p. 48.

²⁹⁵ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 87.

Em face dessas mudanças e situações fáticas advindas, outra não foi a alternativa do legislador pátrio, senão editar uma norma legal que amparasse, sobretudo, os membros que a constituem, e mais, as pessoas que nascessem desse relacionamento. Assim, segundo Marco Aurélio Sá Viana, “o Direito de Família, cujas normas guardam correlação estreita com a realidade social, absorveu as situações pré-normativas, o que está evidenciado com a disciplina presente na Constituição Federal e na legislação ordinária”.²⁹⁶

O legislador constituinte formulou a nova ordem, na qual reconhece que, independentemente do meio ou modo que se constitua, em havendo qualquer relação entre um homem e uma mulher, entre si, ou de quaisquer deles com seus descendentes, ou mesmo de ambos com seus descendentes, formada estará uma família ou uma entidade familiar.

Esclarece Rodrigo da Cunha Pereira, ao comentar o artigo 226 da Constituição Federal: “Apesar de uma certa timidez no texto quando se diz entidade familiar ao invés de família, podemos marcar aí uma evolução.”²⁹⁷

Esses institutos (família e entidade familiar) portanto são sinônimos, inexistindo diferenças quanto às famílias ou entidades familiares constituídas pelo casamento, por união estável, ou a decorrente da relação monoparental.

O que é inconfundível, no entanto, é que casamento e união estável são instituições diversas²⁹⁸, pois aqui sim cada instituição possui suas regras, disciplinas e

²⁹⁶ Marco Aurélio Sá Viana, *Da guarda, da tutela e da adoção*, p. 18.

²⁹⁷ Rodrigo da Cunha Pereira, *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, p. 22. Em outro texto, anota o mesmo autor que a família pode ser “(...) constituída pelo casamento, pelo concubinato não-adulterino e as famílias monoparentais, ou seja, por qualquer dos pais que viva com seus descendentes” (Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social, p. 7).

²⁹⁸ Historia Humberto Theodoro Júnior o seguinte: “A quase totalidade das Constituições modernas continua destinando especial tutela apenas à família oriunda do matrimônio (Alemanha, Espanha, Japão, Itália, Portugal, etc.). A Bolívia, porém, avançou e incluiu em sua Carta Magna um dispositivo que igualava em efeitos o concubinato ao casamento: ‘*Las reuniones libres o concubinalias que sean estables y singulares, produjeron efectos similares al matrimonio tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes cuanto a respecto a los hijos*’ (art. 182). Nossa atual Constituição na esteira do exemplo boliviano, dispõe: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ (art. 226, § 3º). Isto quer dizer, todavia, que ao mesmo tempo que a Constituição de 1988 abre uma brecha para a legislação do concubinato, preocupa-se também em preservar a família legítima, pois prevê que a lei deverá facilitar a conversão da família natural em casamento. Não houve, portanto, uma total equiparação entre o casamento e o concubinato. O que a nova Carta quer é apenas que a lei discipline, ao lado do casamento, também a relação concubinária.” (Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil, p. 193).

efeitos próprios; e família com casamento também são inconfundíveis, pois, como ensina Rodrigo da Cunha Pereira: “Grande parte dos juristas confunde o conceito de família com o de casamento.”²⁹⁹ Aliás, esse mesmo autor alerta: “(...) noções equivocadas daqueles que afirmam que esta – família – é constituída pelo casamento, quando na verdade é apenas uma das formas de sua constituição.”³⁰⁰

No mesmo teor a doutrina de Gustavo Tepedino: “A Constituição Federal, contudo, não pretendeu equiparar entidades heterogêneas, identificando a relação familiar de fato com o mais solene dos atos jurídicos. O casamento, com efeito, como ato jurídico, pressupõe uma profunda e prévia reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente uma série de efeitos que lhe são próprios – dada a certeza e a segurança que oferecem os atos solenes. Já a união estável, ao contrário, formada pela sucessão de eventos naturais que caracterizam uma relação de fato, tem outros elementos constitutivos, identificáveis ao longo do tempo, na medida em que se consolida a vida comum. Aí está o cerne de questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.”³⁰¹

Deveras, família ou entidade familiar, que são sinônimas, não se confundem com casamento ou com a união estável; assim como esta não se confunde com aquele. Com efeito, casamento é casamento; união estável é união estável; e, família é família; uma entidade jurídica não se confunde com a outra, porquanto cada qual delas ostenta os seus próprios efeitos jurídicos.³⁰²

²⁹⁹ Rodrigo da Cunha Pereira, *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, p. 18.

³⁰⁰ Rodrigo da Cunha Pereira, *Concubinato e união estável*, p. 27.

³⁰¹ Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, p. 341.

³⁰² Francisco José Ferreira Muniz referenda: “(...) a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexiste um conceito unitário de família.” (A família na evolução do direito brasileiro, p. 77).

Não se olvide, outrossim, que constitui entidade familiar ou família (natural) a relação estabelecida entre um só dos genitores e seus respectivos descendentes, denominada doutrinariamente família monoparental.

Esse termo, *família monoparental*, historicamente, segundo relatos de Basílio de Oliveira, “(...) surgiu na França em 1975. A partir de 1980, passou a ter uso corrente pelos sociólogos que inicialmente chamaram a atenção para os problemas criados por essa espécie de família que florescia em número sempre crescente”.³⁰³

Mas, o que vem a ser essa família, espécie de entidade familiar, por expressa disposição constitucional que, por seu turno, é espécie do gênero família?

De acordo com a Carta Federal, como visto, é “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, § 4º da CF).

A família monoparental surge, por variadas formas, do relacionamento entre o pai e a mãe e seus respectivos filhos, cujas fontes podem ser a mãe solteira e seu filho natural, mãe e filho adotivo, mãe (separada de fato, separada judicialmente, divorciada ou viúva) e seu filho, situações essas em que, *mutatis mutandi*, enquadra-se também o genitor com seus respectivos filhos.

Eduardo de Oliveira Leite esclarece: “Assim, a monoparentalidade não só decorre da vontade unilateral de assumir sozinho uma paternidade ou uma maternidade – como ocorre no caso típico das ‘mães solteiras’, por exemplo – mas pode resultar também de circunstâncias alheias à vontade humana (separação, divórcio, morte), o que torna a questão ainda mais complexa.”³⁰⁴

³⁰³ Basílio de Oliveira, *Concubinato: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável*, p. 357.

³⁰⁴ Eduardo de Oliveira Leite, *A família monoparental como entidade familiar*, p. 48. Completa, no entanto, o mesmo autor, em outro texto: “O termo ‘monoparentalidade’ revela a superfície de um fenômeno de dimensões ainda não bem avaliadas, aumentando, assim, paradoxalmente – através dos dados estatísticos colocados em evidência –, a angústia frente à desintegração da família conjugal.” (*Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, p. 33). Cristina de Oliveira Zamberlam completa: “enquanto o fenômeno anterior era vivido pela imposição de uma situação (viuvez), atualmente a monoparentalidade tende a ser decorrência direta de uma opção (celibato ou separação), logo, efeito de uma vontade deliberadamente manifestada por esta nova forma familiar.” (*Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*, p. 100-101).

Disso se extraem as espécies de família monoparental, que podem ser: *família monoparental unilinear* ou *originária*, que decorre da comunidade formada entre o pai solteiro e seu filho adotivo ou a mãe solteira e seu filho natural ou adotivo; e a *bilinear* ou *derivada*, que surge com o término ou dissolução do vínculo existente entre os genitores, isto é, deriva da separação judicial, divórcio ou morte de um dos pais.³⁰⁵

Com efeito, a família monoparental decorreu, mais uma vez, da necessidade que o sistema jurídico teve de se adequar à evolução social dos tempos, em que inúmeras situações fáticas existiam sem que houvesse a norma legal a ampará-las; o legislador constituinte erigiu esse relacionamento à proteção pela Carta Federal, reconhecendo-o como espécie do gênero denominado família.

Depois dessas digressões acerca do instituto família em âmbito constitucional e doutrinário, apresenta-se, sobre o temário, as afirmações de Eduardo de Oliveira Leite: “A palavra ‘família’ empregada no artigo 226, *caput*, deve ser entendida num sentido amplo, abrangendo, não somente a família fundada no casamento (antiga família dita ‘legítima’, em contraposição à ‘ilegítima’), mas ainda as novas formas de conjugalidade, como a união de fato (art. 226, § 3º), a família natural assente no fato da procriação (art. 226, § 4º) e a família adotiva (adoção por pessoa não casada).”³⁰⁶

Criada, constituída e formada estará assim a família natural, que se apresenta como sinônimo de família biológica, em face da ausência de motivação acerca do relacionamento havido entre o homem e a mulher que lhe deram origem. Basta a existência de um pai e (ou) uma mãe, juntamente com os filhos advindos dessa conjunção carnal, para que exista a família natural ou biológica.

Para fins didáticos, há que se fazer a seguinte colocação: *família* é um instituto gênero, que possui espécies, consoante o modo de sua constituição. Se constituída pelo casamento (união legítima entre um homem e uma mulher, conforme as regras ditas pelo CC/2002, mesmo porque o casamento, em momento algum, foi revogado ou excluído do sistema jurídico, muito ao contrário, também foi, em âmbito constitucional, reforçada sua

³⁰⁵ Basílio de Oliveira, *Concubinato: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável*, p. 362-363; Eduardo de Oliveira Leite, *A família monoparental como entidade familiar*, p. 62-63.

³⁰⁶ Eduardo de Oliveira Leite, *O concubinato frente a nova Constituição: hesitações e certezas*, p. 97.

existência, como se depreende do art. 226, §§ 1º e 2º da CF), denominar-se-á *família*, com o adjetivo *em sentido estrito*, para a diferenciar daquele gênero. A *entidade familiar*, outra espécie da *família lato sensu*, poderá ser constituída por uma união estável (art. 226, § 3º da CF) ou, ante o que dispõe o parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição Federal, pela família monoparental.

Pede-se licença para, neste ponto, apresentar o seguinte quadro sinóptico:

é1) FAMÍLIA EM SENTIDO ESTRITO	
FAMÍLIA é	é2.1) UNIÃO ESTÁVEL
é2) ENTIDADE FAMILIAR é	é2.2) FAMÍLIA MONOPARENTAL

Ressurge o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo capítulo relacionado à Convivência Familiar e Comunitária, nos dispositivos gerais, inicia as imposições, ditando: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (art. 19).

A criança e o adolescente, como regra, haverão de ser criados e educados em sua família natural ou entidade familiar, ou seja, na família biológica, com a qual mantêm vínculos consangüíneos e, como exceção, caso violados ou ameaçados seus direitos fundamentais, consoante estabelecem os artigos 98 e 101, inciso VIII, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, em família substituta.

E o que se deve entender por família substituta?³⁰⁷ O termo família foi acima analisado, e substituta nada mais é que o grupo de pessoas formado pelo homem e sua mulher e seus eventuais descendentes que assumirão os deveres de criar e educar a criança

³⁰⁷ Leciona Luiz Paulo Santos Aoki: “A história da família substituta é quase tão antiga quanto a humanidade, pois certamente brotou do próprio espírito de solidariedade existente latente nos seres humanos, de molde a suprir incontáveis ausências da família natural, gerando, daí, até mesmo fábulas, lendas e fantasiosas histórias que rechearam a imaginação de inúmeras gerações, como é o caso, p. ex., dos irmãos romanos Rômulo e Remo, que foram criados por uma Loba; ou, então, a história do ‘Lord’ inglês que foi criado por uma família de gorilas; ou, então, a deliciosa história de Mogli, o menino das Selvas, criado por uma família de lobos selvagens; ou a milenar história de Moisés, posto nas águas do rio em que se banhava o filho do faraó e por ela tirado das águas e criado, tendo por ama de leite sua própria mãe. Como se vê, a história do Homem e a sua imaginação cuidaram de guardar recordações pungentes acerca de inúmeros casos de família substituta.” (Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais (arts. 28-32), p. 105-106).

ou o adolescente, mantendo-os sob sua guarda; todavia, como estes não são descendentes diretos daqueles – não mantêm parentesco consanguíneo em linha reta descendente em primeiro grau –, substituirão em todos os deveres (art. 227 da CF e art. 4º do ECA) os pais biológicos no exercício de suas funções paterno-filial.

A família substituta exerce as mesmas atribuições da família natural (biológica ou consanguínea), só que, por não ser a família consanguínea na qual a criança (ou adolescente) foi gerada, é que se diz substituta, pois a cria e educa nas mesmas condições, ocupando o lugar da família biológica.

Esclarece Marco Aurélio Sá Viana que “em que pese se tratar de família substituta, esta pode ter vínculo de sangue com o menor”³⁰⁸, como se verifica nas hipóteses de irmãos, tios ou avós assumirem a guarda ou tutela de seus irmãos, sobrinhos ou netos, respectivamente; mesmo assim, estar-se-á diante de uma família substituta, ante a ausência de vínculo natural de primeiro grau entre o guardião ou tutor com o respectivo infante ou pupilo e porque aqueles substituirão as funções que haveriam de ser exercidas pelos genitores no cumprimento do seu poder familiar.

Wilson Donizeti Liberati complementa, informando que a família substituta existe, pois “quando essa família (natural), por algum motivo, desintegra-se, colocando em risco a situação de crianças e adolescentes, surge, então, a família substituta, que, supletivamente, tornará possível sua integração social, evitando a institucionalização”³⁰⁹. Ou, como lembra Roberto João Elias: “Importa que menor cresça em uma família, de preferência a sua, para desenvolver plenamente sua personalidade. Se não for possível isso, deve-se facilitar o seu ingresso em uma substituta.”³¹⁰

Família substituta, ou por alguns denominada também de substitutiva³¹¹, com efeito, nada mais é que a família não-original, mas que assume e cumpre o mesmo papel

³⁰⁸ Marco Aurélio Sá Viana, *Da guarda, da tutela e da adoção*, p. 31.

³⁰⁹ Wilson Donizeti Liberati, *O Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 9.

³¹⁰ Roberto João Elias, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 18.

³¹¹ Carlos Alberto Bittar, *Direito de família*, p. 235.

(poderes e deveres) que haveria de ser desempenhado pela família natural (biológica ou consangüínea).³¹²

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente norteia os institutos que compõem a família substituta, descrevendo em seu artigo 28, *caput* que: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.”

Linhas atrás anotou-se que o Estatuto do Idoso, tal qual o da Criança e do Adolescente, estabeleceu o direito subjetivo da pessoa idosa em ter uma “moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada” (art. 37, *caput*). Impõe a Constituição Federal de 1988, outrossim, que “os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares” (art. 230, § 1º).

Cumprindo o império constitucional, a Lei Estatutária referenda que ao idoso é assegurado o direito a uma moradia, mas não basta uma morada, ela há de ser digna, com primazia no seio de sua família natural (biológica ou consangüínea), isto é, junto com seus familiares de sangue, no caso, seus descendentes – filhos, netos, bisnetos, etc.; se isso não for executável, faticamente dita a norma que aquela morada digna estará garantida, ainda que sob o amparo de família substituta. Por outra ótica, se for o desejo exclusivo da pessoa idosa – desde que tenha condições físicas, psíquicas e morais para exteriorizar sua vontade –, seu abrigo ocorrerá em uma instituição (pública ou privada) adequada³¹³, ao amparo da chamada terceira idade, meia-idade ou idade avançada.³¹⁴

A família natural ostenta a mesma conclusão acima, uma vez que diferença inexistente entre a relação de uma pessoa com seus descendentes, como destes com aquela,

³¹² Para Tânia da Silva Pereira: “A substituição familiar se prende à idéia de sua colocação no lugar ou na posição da família natural, desempenhando as mesmas funções.” (*Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 227).

³¹³ Ao interpretar o mencionado artigo 37 do Estatuto do Idoso, Pérola Melissa Vianna Braga afirma que “a assistência integral por meio de entidades de longa permanência será prestada em caráter subsidiário e não prioritário, quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família” (*Direitos do idoso*, p. 195). A regra, pois, é o amparo na família natural, na família substituta, e, como exceção, em instituição, nessa ordem seqüencial, com prioridade exclusiva, por imposição constitucional, para a primeira.

³¹⁴ Pérola Melissa Vianna Braga, ob. cit., p. 42.

por se tratar de uma questão jurídica de dupla mão, basta a ótica com a qual ela é enfocada. Por exemplo, há família monoparental entre o pai e seu filho, interpretada a posição da linha ascendente para a descendente; igualmente, há família monoparental entre o filho e seu genitor, analisado o fato, agora, em vetor inverso – da linha descendente para a ascendente.

Sendo pai parente natural de seu filho, por óbvio o filho possui parentesco natural com seu genitor. É o mesmo vínculo familiar, transmutada a posição focal originária.

Destarte, o que se discorreu sobre a família natural aplica-se *ipsis litteris* aqui na relação familiar do idoso, que em nada difere do relatado, ao contrário, é a mesma família.

No que tange à família substituta, que no Estatuto do Idoso tem a mesma conotação de substitutiva da consangüínea, esse não delimitou os institutos que a constituem, como fez o Estatuto da Criança e do Adolescente (guarda, tutela e adoção). Para tanto, como antes estudado, há que se procurar nessa nova legislação os procedimentos protetivos do idoso que se assemelham aos da norma menorista; em face disso, a guarda encontra ressonância no acolhimento, previsto no artigo 36 do Estatuto do Idoso, enquanto a tutela tem a curatela como situação jurídica análoga e a adoção cria legalmente o vínculo entre adotante e adotado, com aplicabilidade também à pessoa idosa, em quaisquer dos pólos que se encontre nessa relação familiar adotiva.

Colocar-se-á o idoso em família substituta, portanto, pelo acolhimento, pela curatela ou pela adoção.

Ao estudar ou transcrever determinado assunto, técnico ou não, por lógica e didática, o intróito do trabalho deve oferecer seu conceito ou definição, fato aqui inobservado, propositadamente contudo, quanto ao instituto *família*. Assim se fez porque, como se pôde averiguar, a definição da família brasileira sofreu grandes e inúmeras mudanças com o passar dos anos, de sorte que, inicialmente apresentada sua composição, resultaria em uma incompreensão, ou na narrativa imprópria do que se deva hodiernamente entendê-la.

Após o discurso de todas as transformações e evoluções da família, há que ser apresentada a sua definição e, por que não dizer, na realidade, sua atual composição, quais as pessoas que, reunidas, formam um conjunto familiar.

Nunca é demais lembrar que “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”, consoante determinação constitucional (art. 226, *caput* da CF). A família continua a ser a célula *mater* de toda a comunidade social, com especial e total proteção do Poder Público, independentemente da forma de sua constituição. Sendo família (entidade familiar), está jungida à proteção estatal.

Nos moldes atuais, no entanto, a família não é exclusivamente a comunidade que se origina de um casamento válido (união entre homem e mulher consoante a lei civil), pois existem outros relacionamentos que fundam uma família, tal como a união estável entre homem e mulher.³¹⁵

Após a promulgação da Carta republicana de 1988, em âmbito jurídico, o instituto *família* passou a ser gênero, composto das seguintes espécies: se constituída pelo casamento (união legítima entre um homem e uma mulher, conforme as regras ditadas pelo CC de 1916 ou, agora, de 2002), denominar-se-á de *família em sentido estrito*. A *entidade familiar* é outra espécie da *família lato sensu*, constituída por uma união estável (art. 226, § 3º da CF) ou pela família monoparental (art. 226, § 4º da CF).

Assim sendo, família é a entidade formada por um homem e uma mulher, unidos pelo matrimônio (civil ou religioso com efeitos civis) ou por união estável, e seus descendentes, ou ainda, por qualquer um daqueles com estes últimos.

Em todas essas situações, há uma família.

³¹⁵ Cristiano Chaves de Farias leciona: “A Constituição Federal de 1988 igualou todos os filhos, independentemente de sua origem, sejam eles biológicos ou adotivos, privilegiando, indubitavelmente, o afeto. E o mais importante: o casamento deixou de ser o modelo oficial de família, havendo clara opção pelo amor, prestigiando a afetividade.” (Direito constitucional à família – ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional, p. 19).

Antes mesmo do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluía-se como espécie de família a adotiva³¹⁶, isto é, a constituída pelo vínculo entre adotante e adotado; agora, existe uma nova espécie de família, ou melhor, essa espécie de família sempre existiu, o que se poderia dizer é que o legislador estatutário concedeu novo título à comunidade formada entre guardião e o infante sob sua proteção, entre o tutor e seu pupilo, e entre adotante e adotado, denominando-a de *família substitutiva*. Com efeito, essa família – constituída pela guarda, tutela ou adoção – é uma espécie da família *lato sensu*.

Com o advento do Estatuto do Idoso, não se olvide da família substituta nele retratada, cuja constituição nasce com o acolhimento, a curatela ou a adoção. Essa família também é uma espécie de família *lato sensu*.

Família, em suma, é a instituição formada por um homem e (ou) uma mulher e seus respectivos descendentes, seja essa relação matrimonial (casamento válido – civil ou religioso com efeitos civis) ou por união estável (entidade familiar), e ainda pela guarda, tutela ou adoção – para a criança ou adolescente – e pelo acolhimento, curatela ou adoção – para os idosos – (família substituta). A família natural equivale à biológica (consangüínea), que se diferencia da substituta, que é justamente substitutiva daquela.

Assim sendo, com finalidade didática, pede-se vênica para apresentar a seguir um quadro sinóptico representativo:

FAMÍLIA	é 1 FAMÍLIA NATURAL	é 1.1 FAMÍLIA EM SENTIDO ESTRITO	
	ê	ê 1.2 ENTIDADE FAMILIAR	é 1.2.1 UNIÃO ESTÁVEL
	î		ê 1.2.2 FAMÍLIA MONO-PARENTAL
	ê 2 FAMÍLIA SUBSTITUTA	é 2.1 CRIANÇA E ADOLESCENTE:	2.1.1 GUARDA
			2.1.2 TUTELA
			2.1.3 ADOÇÃO
		ê 2.2 IDOSO:	2.2.1 ACOLHIMENTO
			2.2.2 CURATELA
			2.2.3 ADOÇÃO

O termo *família* é gênero, do qual, família natural – família *stricto sensu* e entidade familiar – e família substituta são suas espécies.

³¹⁶ Como se nota na lição de Eduardo Espínola, já anotado em linhas passadas: “Em acepção ampla, a palavra família compreende as pessoas unidas pelo casamento, as provenientes dessa união, as que descendem de um tronco ancestral comum e as vinculadas por adoção.” (*A família no direito civil brasileiro*, p. 7-8).

3.7 União homoafetiva

Ao discorrer sobre o direito de família contemporâneo, mormente para tratar da família brasileira, o tema *homossexualidade*³¹⁷ surge como de compulsória análise, no que se refere à natureza do relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, a denominada união ou relação homoafetiva.

O enfoque que se há de empreender neste momento decorre da seguinte indagação: a união entre dois homens ou entre duas mulheres tipifica uma relação familiar? Ou seja, a união homoafetiva constitui uma família?

Como se pode antever, essa discussão retrata inúmeras divergências jurídicas, com posições diametralmente opostas, conquanto, para um resultado prático e efetivo, imprescindível seria a apreciação de estudos técnico-científicos de outros ramos da ciência, tais como da sociologia, da psicologia e da medicina, com evidenciada e notória interdisciplinariedade epistemológica. Todavia, por desfigurar o ponto central deste trabalho, aqui serão analisadas doutrinas estritamente relacionadas ao direito, com indicações legislativas pertinentes.

Faz-se mister, antes de prosseguir, breve reflexão acerca do subtítulo utilizado, qual seja, relação ou união homoafetiva, em específico do termo *homoafetivo*.

³¹⁷ Débora Vanessa Caús Brandão esclarece: “A palavra ‘homossexual’ foi utilizada pela primeira vez, em 1869, pelo médico húngaro Karoly Benkert. ‘Homossexual’ vem do prefixo grego *hómos* e significa ‘o mesmo/semelhante’, e da palavra latina *homo*, que significa ‘homem’. ‘Sexual’, vem do latim *sexu* e significa ‘relativo ou pertencente ao sexo’, donde se conclui ‘pertencente ao mesmo sexo’.” (*Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*, p. 15). Mais adiante, complementa a autora: “Em 1995, na última revisão da CID, o homossexualismo, que era considerado desde 1985 como sintoma decorrente de circunstâncias psicossociais, deixou de constar nos diagnósticos. O sufixo ‘ismo’, que significa ‘doença’, foi retirado e substituído pelo sufixo ‘dade’, que designa ‘modo de ser’. Essa é a razão pela qual, no presente trabalho, utiliza-se o termo ‘homossexualidade’, e não homossexualismo.” (Ibidem, p. 20). Com finalidade ilustrativa, consigne-se que homossexual e transexual não se apresentam como sinônimos, porquanto, “transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto” (Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, p. 223).

Homoafetividade é um neologismo utilizado primordialmente por Maria Berenice Dias³¹⁸, sendo certo que, para sua adequada compreensão, nada melhor do que descrever a narrativa de sua própria criadora sobre os motivos que o fundamentam: “O termo ‘homossexualismo’ ganhou uma conotação pejorativa, o que levou Jurandir Freire Costa, na tentativa de desmontar o preconceito que o cerca, a introduzir um novo vocábulo: ‘homoerotismo’, a indicar que existe, no repertório da sexualidade humana, a possibilidade de pessoas do mesmo sexo se sentirem atraídas, sem que isso implique doença, anormalidade ou perversão. Justifica o psicanalista carioca: ‘Com ele pretendo revalorizar, dar um outro peso moral às experiências afetivo-sexuais que, hoje, são pejorativamente etiquetadas de homossexuais’. Essa mesma preocupação deu ensejo à criação do neologismo ‘homoafetividade’, vocábulo cuja conotação melhor expressa o vínculo que envolve o par.”³¹⁹

Com a intenção de evitar qualquer conotação preconceituosa, valer-se-á, como aliás utilizado no subtítulo deste tópico, do neologismo *homoafetividade* para tipificar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Prosseguindo com a indagação acima proposta, de pronto há que se dizer que inexistente no sistema jurídico positivo brasileiro norma legal que expressa e explicitamente tipifique o relacionamento ou a união homoafetiva como familiar, concedendo-lhe a possibilidade de constituição de uma família: o Código Civil de 2002 é silente sobre esse assunto – seja no aspecto de formação de vínculo familiar, seja em concessão de direitos e deveres entre o relacionamento afetivo entre pessoas de idênticos sexos biológicos. Lei especial ainda não foi positivada e a Constituição da República de 1988 também se quedou inerte.

Merece lembrança, contudo, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1.151, de 26 de outubro de 1995, apresentado pela então Deputada Federal Marta Suplicy, cuja finalidade é disciplinar “a união civil entre pessoas do mesmo sexo”, a

³¹⁸ Maria Berenice Dias afirma que “este neologismo foi cunhado em minha obra *União homossexual: o preconceito e a justiça*” (*Manual de direito das famílias*, p. 191) e também: “Expressão originalmente utilizada na primeira edição desta obra e que mereceu ampla aceitação, já estando inserida no vocabulário jurídico e na linguagem comum.” (Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 38).

³¹⁹ Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 38.

nomenclaturada parceria civil, com o fito de “(...) salvaguarda dos direitos de propriedade e de sucessão hereditária”, consoante ressalta Débora Vanessa Caús Brandão.³²⁰

Enaltece essa autora, no entanto, que o direito previdenciário brasileiro é o precursor dos direitos decorrentes da união homoafetiva, citando a Instrução Normativa n. 25/2000 do Instituto Nacional de Seguridade Social, cujo artigo 2º garante pensão por morte e auxílio-reclusão ao parceiro do mesmo sexo³²¹. Afora essa norma legal, inexistente outro texto que proteja o relacionamento entre pessoas homossexuais.

Nada obstante, como é cediço, existem meios, formas e fórmulas legítimas para suprir a lacuna legal, obtendo o resultado prático almejado com interpretações e aplicações de princípios gerais e constitucionais, afora a analogia e os costumes; ou, por outra face, a eventual lacuna há de ser colmatada descartando-se a simplória resposta de que, como inexistente previsão legal, só por isso, o pleito é indevido.

Há que se buscar interpretações e princípios que fundamentam o suprimento da lacuna, ou então que demonstrem a impropriedade da solução visada. No caso em apreço, o escopo é a obtenção de sustentáculos que fundamentem a existência ou não de uma família constituída por uma união homoafetiva.

Como visto em linhas passadas, a união estável é uma das modalidades constitutivas do vínculo familiar, pois é ela uma entidade familiar – que, por sua vez, é espécie do gênero família. Assim sendo, é de se perquirir: a união homoafetiva é uma união estável?

Pela interpretação literal e gramatical do artigo 226, parágrafo 3º da Carta republicana, deduz-se que não, uma vez que expressamente ditou o constituinte que a união estável decorre do relacionamento entre um homem e uma mulher. Em consonância

³²⁰ Débora Vanessa Caús Brandão, *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*, p. 112.

³²¹ Débora Vanessa Caús Brandão, ob. cit., p. 108. Informa a autora ainda que o artigo 3º da referida Instrução Normativa especifica os documentos necessários para comprovar a parceria homossexual e a respectiva dependência econômica. Por fim, que a edição dessa Instrução ocorreu “(...) por força de decisão judicial proferida na Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0, proposta pelo Ministério Público perante a Justiça Federal da 4ª Região em Porto Alegre, Rio Grande do Sul” (Ibidem, mesma página). Maria Berenice Dias também afirma que “(...) é mister que se ressalte o enorme significado da recente positivação de tais direitos que acaba de ocorrer na esfera administrativa. (...) Esse, com certeza, é o primeiro passo para enlaçar tais relacionamentos na esfera da juridicidade e, especialmente, do direito positivo” (Liberdade sexual e direitos humanos, p. 87).

a essa imposição, o Código Civil de 2002 reprisa essa divergência de sexos para a formação da união estável, em seu artigo 1.723, *caput*.

Posta assim a questão, há que se prosseguir: então, esse relacionamento homoafetivo poderia ser equiparado ao matrimônio? A resposta igualmente é negativa, mormente depois da vigência do Código Civil de 2002, pois o seu artigo 1.514 estatui: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.” Destarte, por expressa disposição legislativa, casamento também é relação entre um homem e uma mulher.

Sobre a divergência de sexos para o casamento, na vigência do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda já lecionava: “(...) uma união, ainda solenemente feita, entre duas pessoas do ‘mesmo’ sexo, não constitui matrimônio, porque ele é, por definição, contrato do homem e da mulher, *virī et mulieris coniunctio*, com o fim de satisfação sexual e procriação.”³²²

Se a relação homoafetiva não se equipara à união estável, nem ao casamento, visto que em ambas as situações o pressuposto básico e primário é a constituição de relacionamento entre homem e mulher – pessoas de sexos opostos –, onde ela se enquadraria, para dela decorrer a instituição de uma família?

Maria Berenice Dias vale-se primeiramente da analogia a esses institutos – união estável e casamento – para conceder suporte legal exegético à união homoafetiva, pois argumenta: “Abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença há entre as relações homo e heterossexuais, pois ‘existe uma semelhança no essencial, a identidade de motivos entre os dois casos’. Ambos são vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósitos, qual seja a concretização do ideal de felicidade de cada um. A lacuna legal é de ser colmatada por meio da legislação que regulamenta os relacionamentos interpessoais com idênticas características, isto é, com os institutos que regulam as relações familiares, sem que se tenha por afrontada a norma constitucional que tutela as relações de pessoas de sexos opostos. A omissão legal não pode ensejar negativa de direitos a vínculos afetivos

³²² Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito de família*, v. 1, p. 296.

que não tenham a diferença de sexo como pressuposto. (...) A verdadeira aversão da doutrina dominante e da jurisprudência majoritária em se socorrer das leis que regem a união estável ou o casamento tem levado tão-só ao reconhecimento de uma mera sociedade de fato. Sob o fundamento de evitar enriquecimento injustificado, invoca-se o Direito das Obrigações, o que acaba subtraindo a possibilidade de concessão, para o mesmo suporte fático, do externo leque de direitos que existe na esfera do Direito de Família.”³²³

Em outro texto, continua a autora a argumentar que a união homoafetiva é sim uma entidade familiar, fulcrando-se no sobredito artigo e parágrafo constitucionais, haja vista a patente discriminação contida no próprio texto, o que ofende o princípio geral da dignidade da pessoa humana e o da isonomia, em razão do sexo, e complementa: “A regra maior da Constituição, que serve de norte ao sistema jurídico, é o respeito à dignidade humana. O compromisso do Estado para com o cidadão se sustenta no primado da igualdade e da liberdade, consagrados já no seu preâmbulo. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade”.³²⁴

Valendo-se dos mesmos princípios constitucionais, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que a união homoafetiva é uma entidade familiar, dès que preenchidos “(...) os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”³²⁵; todavia, vale-se da interpretação integrativa do artigo 226 da Constituição Federal, sobretudo de seu parágrafo 4º, que admite outras formas de entidades familiares, dentre as quais, satisfeitas as sobreditas condições, essa união constituiria uma entidade familiar, ou seja, estaria formada uma família.

Rodrigo da Cunha Pereira segue essa mesma trilha hermenêutica, e aduz que “o caráter de inclusão da norma contida no artigo 226 da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana sobre o qual se sustenta a tábua axiológica do Texto Maior, além da mínima intervenção do Estado – sobretudo na esfera íntima, na liberdade e

³²³ Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 86-87.

³²⁴ Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 192.

³²⁵ Paulo Luiz Netto Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “*numerus clausus*”, p. 105.

autonomia de vontade dos indivíduos – devem afastar dúvidas que ainda teimam em sobreviver”.³²⁶

Conclui seu trabalho monográfico sobre esse assunto José Carlos Teixeira Giorgis, afirmando que, embasado “(...) nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, considerada a visão unitária e coerente da Constituição, com o uso da analogia e suporte nos princípios gerais do direito, ter-se a união homoerótica como forma de união estável, desde que se divisem, na relação, os pressupostos da notoriedade, da publicidade, da coabitação, da fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos”.³²⁷

Por derradeiro, Érika Harumi Fugie fundamenta-se no direito à liberdade, que é personalíssimo de todo ser humano, e portanto de escolha de sua identidade sexual, cuja privação origina infringência a um direito fundamental da pessoa, e finaliza: “Não há fundamento lógico para o tratamento desigual. Pode-se concluir que a discriminação por motivo de orientação sexual é uma espécie do gênero que proíbe a discriminação por motivo de sexo, portanto merece agasalho em nosso ordenamento jurídico.”³²⁸

Ante essas opiniões doutrinárias, pode-se deduzir que são utilizadas variadas fórmulas hermenêuticas para conceder eficácia jurídica à relação homoafetiva, desde a analogia com o casamento e com a união estável, dos quais se diferencia apenas pela existência de parceiros com idêntico sexo biológico, até mesmo dos princípios fundamentais inseridos na Constituição da República, mormente o fundado na dignidade da pessoa humana – e, por que não, até mesmo na cidadania, pois esses parceiros são pessoas e, como tais, ostentam o legítimo direito de serem titulares de direitos, inclusive de relacionamento amoroso –, o direito fundamental à igualdade (princípio da isonomia), sem distinção em razão da preferência ou conotação psíquica sexual e à liberdade de orientação sexual diversa da biológica.

Certo é que, para que se possa falar na aplicação de uma dessas vertentes interpretativas, haverão pressupostos a serem adimplidos que configurem e, em verdade,

³²⁶ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 122.

³²⁷ José Carlos Teixeira Giorgis, *A natureza jurídica da relação homoerótica*, p. 139.

³²⁸ Érika Harumi Fugie, *A união homossexual e a Constituição Federal*, p. 144-145.

tipifiquem a relação entre pessoas do mesmo sexo como homoafetiva, qual seja, basicamente, o afeto; esse, sim, será o requisito primário, básico e essencial para que, satisfeito, possam ser analisadas as demais condições e exegeses tipificadoras da relação homossexual.

Em sufrágio a essas teses doutrinárias, merece ser transcrita a decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que garantiu até direitos sucessórios legítimos decorrente de união homoafetiva, com a seguinte ementa:

“UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA – Direito sucessório – Analogia. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal, fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.” (TJRS – EI n. 70003967676, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 9.5.2003, m.v., *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 20, p. 45).

Para finalizar este tópico vestibular favorável ao reconhecimento da união homoafetiva como constitutiva de um vínculo familiar, merece ser descrita a ementa de acórdão proferido recentemente pelo Tribunal Superior Eleitoral, com o teor a seguir:

“REGISTRO DE CANDIDATO. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. (CF 14 § 7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no artigo 14, parágrafo 7º da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.” (STE – RESP Eleitoral n. 24564, Viseu/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1.10.2004, apud Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 197).

Sobre esse aresto, comenta Maria Berenice Dias: “Ora, se estão sendo impostos os ônus aos vínculos homoafetivos, mister é que também sejam assegurados todos os direitos e garantias a essas uniões no âmbito do direito das famílias e do direito sucessório.”³²⁹

Com intuito elucidativo, no direito estrangeiro, retrata Débora Vanessa Caús Brandão que existem países que regulam a parceria homossexual (Dinamarca, Groenlândia, Hungria, Islândia, Noruega, Suécia, Holanda e França) e os que proíbem a

³²⁹ Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 197.

discriminação pela orientação sexual (África do Sul, Canadá, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, França, Holanda, Noruega, Nova Zelândia, Polônia e Suécia)³³⁰; enquanto isso, Maria Berenice Dias complementa que, desde 1º de agosto de 2001, a Alemanha passou a aceitar o contrato de união homossexual e, em 2002, passou a vigor na Bélgica a extensão dos direitos dos relacionamentos heterossexuais às uniões homoafetivas, “(...) com exceção dos relacionados à adoção e à filiação.”³³¹

Fixados pois esses parâmetros concernentes à proteção legal e constitucional que de deva conceder à união homoafetiva, merecem ser apreciadas as doutrinas contrárias a essa relação como constitutiva de vínculos familiares.

Descortinando a tese paradoxal, Eduardo de Oliveira Leite afirma a impossibilidade desse relacionamento ser acolhido como casamento ou mesmo como união estável, haja vista que a legislação resgata “(...) o princípio constitucional da diversidade de sexos, como fundamental à existência do casamento, o artigo 1.723, só reconhece união estável entre homem e mulher, no que está corretíssimo”.³³²

Álvaro Villaça Azevedo referenda essa opinião, mesmo que se considere uma convivência entre pessoas do mesmo sexo, isso não configura uma união estável³³³. Assim também se posicionam Roberto Senise Lisboa³³⁴ e Miguel Reale, que esclarece o porquê das disposições do Código Civil: “Outra crítica apressada e absolutamente sem sentido diz respeito ao fato de o Código não ter cuidado da união estável de pessoas do mesmo sexo. Essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre um homem e uma mulher. De maneira que, para cunhar-se aquilo que estão querendo, a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar é preciso mudar a Constituição.”³³⁵

³³⁰ Débora Vanessa Caús Brandão, *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*, p. 63-64.

³³¹ Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 56. Wilfried Schlüter informa que “através da Lei da união estável homossexual (*Lebenspartnerschaftsgesetz* – Lei para o fim da discriminação de comunhões do mesmo sexo: (...) LPartG de 16.2.2001 (BGB1.IS.266)) foi criado, para parceiros do mesmo sexo, um instituto jurídico adequado além do casamento, a união estável homossexual” (*Código Civil alemão: direito de família*, p. 485).

³³² Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 424.

³³³ Álvaro Villaça Azevedo, *Estatuto da família de fato*, p. 473.

³³⁴ Roberto Senise Lisboa, *Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões*, v. 5, p. 142.

³³⁵ Miguel Reale, *Visão geral do projeto de Código Civil*, p. 26.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, por seu turno, escreve: “Sob o prisma jurídico, não há efeitos jurídicos propriamente distintos das uniões concubinárias e das uniões homossexuais, já que ambas, fora do Direito de Família, somente podem ser cuidadas como sociedade de fato, desde que evidentemente sejam preenchidos os requisitos para a configuração de tais entidades, possibilitando o reconhecimento do direito do partícipe da relação – que for prejudicado em decorrência da aquisição patrimonial em nome tão-somente do outro – ao partilhamento dos bens adquiridos durante a constância da sociedade de fato, na medida da sua efetiva contribuição para a formação ou o incremento patrimonial.”³³⁶

A relação homoafetiva, com efeito, não está sendo desqualificada ou desconsiderada, mas sim concede-lhes os direitos pessoais e patrimoniais advindos desse relacionamento, tal como uma sociedade de fato, sem contudo empregar-lhes os efeitos constitutivos de vínculo familiar. Garantem-se os direitos e as respectivas obrigações aos parceiros, entretanto não se encampa essa união como uma entidade familiar.

Adverte Sílvio de Salvo Venosa: “As uniões homossexuais nunca terão o estado de casamento nem a índole de família, ao menos no atual estágio de nossa história. Essas uniões devem merecer regulamentação de outra natureza.”³³⁷

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu pela inexistência de relacionamento familiar entre parceiros homossexuais, nada obstante a garantia dos direitos pessoais e patrimoniais decorrentes da união de fato:

“UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO – Competência – Reconhecimento e dissolução como sociedade de fato – Relacionamento que não configura entidade familiar de acordo com o ordenamento jurídico vigente, afastando a apreciação pelo Juízo da Vara de Família – Julgamento afeto ao juízo cível. As uniões homoafetivas não são instituição familiar à luz do ordenamento jurídico vigente. A realidade da sociedade de fato entre as pessoas de mesmo sexo merece tratamento isonômico quanto ao reconhecimento, dissolução e partilha de bens adquiridos durante a convivência, mas perante o juízo cível. A observância do princípio da dignidade da pessoa humana implica reconhecer a existência de direitos advindos dessas uniões equiparadas àquelas provenientes de uniões heterossexuais, a fim de se evitar qualquer tipo de discriminação em razão da opção sexual, contudo não tem o condão, por ora, de alterar a competência do juízo de família.” (TJDF – CC n. 2004.00.2.001313-2, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Sandra de Santis, j. 28.4.2004, v.u., RT 828/307).

³³⁶ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *O companheirismo: uma espécie de família*, p. 491.

³³⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 116.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, denegou direitos sucessórios ao parceiro homossexual, sob o fundamento de que inexistia entidade familiar constituída por união homoafetiva, como se pode aferir:

“SUCESSÃO – União homossexual – Pretensão de habilitação na qualidade de herdeiro e meeiro do *de cujus* – Inadmissibilidade – Direitos atinentes à união estável restritos ao companheiro sobrevivente de união entre homem e mulher – Inteligência do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal. É inconcebível a pretensão de habilitação na qualidade de herdeiro e meeiro do *de cujus*, decorrente de união homossexual, tendo em vista que os direitos atinentes à união estável para fins sucessórios é restrito ao companheiro sobrevivente de união entre homem e mulher, conforme o disposto no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal.” (TJSP – AG n. 266.853-4/8-00/São Paulo, 4ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Rebello Pinho, j. 28.11.2002, v.u., RT 812:220).

Em dezembro de 2004, houve pronunciamento judicial do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“COMPETÊNCIA. Relação homossexual. Ação de dissolução de sociedade de fato, cumulada com divisão de patrimônio. Inexistência de discussão acerca de direitos oriundos do direito de família. Competência da Vara Cível. Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – RESP n. 323370/RS, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 14.12.2004, v.u., DJU, de 14.3.2005, p. 340).

Em face de todas as teses doutrinárias e arestos expostos, denota-se que o ponto central da divergência é a concessão ou não dos mesmos direitos – e respectivas obrigações – matrimoniais ou da união estável ao relacionamento homoafetivo, ou seja, se a relação afetiva e amorosa entre pessoas heterossexuais (homem e mulher), por casamento ou união estável, resulta na concessão de direitos e obrigações a seus integrantes, inclusive com a constituição de uma família, por que idênticas garantias e proteções, pessoais e patrimoniais, não se estendem à igual relação – repleta de afeto e amor – só que entre pessoas homossexuais.

Por um primeiro ponto, ineludível que o legislador, constituinte ou não, há de tipificar situações de fato coesas com o momento social em que são editadas, a fim de que sua atividade produza efeitos, amparando os anseios comunitários. Não basta, assim, a produção incessante de normas legais, salvo se elas estiverem em consonância com a vontade popular, pois o parlamentar age em nome, por representação, do cidadão.

A análise dessa ótica suplanta os limites do direito, ante a necessária perquirição social sobre a vontade da sociedade brasileira em conceber a união homoafetiva como constitutiva de vínculo familiar; imprescindível, para tanto, aferir-se a repercussão social dessa constituição familiar.

Outro ponto a ser observado é o pertinente às diretrizes fixadas pela Constituição da República de 1988, que estabelece a união estável como o relacionamento exclusivo entre um homem e uma mulher. Enquanto isso, o matrimônio é a união também entre pessoas de sexos opostos, por sua própria e intrínseca concepção, conceituação, verdadeiro princípio geral do direito brasileiro. Destarte, a união homoafetiva não ostenta sinonímia com casamento nem com a união estável.

Aliás, como relata Paulo Luiz Netto Lôbo, “a Constituição de 1988 foi, é e continuará sendo o núcleo determinante do direito civil, em torno do qual gravitarão o Código e os microssistemas normativos correspondentes. Na Constituição estão os fundamentos conformadores dos direitos da personalidade, da família, dos contratos, das propriedades, da responsabilidade”.³³⁸

Em assim sendo, se a Carta republicana vigente estatui que a união estável estabelece-se entre um homem e uma mulher, até que assim se mantenha, há que ser cumprida a imposição do constituinte que, nesse momento, satisfaz a vontade do cidadão brasileiro, a quem representou nessa labuta legislatória.

Sem adotar posição dita retrógrada ou conservadora, o certo é que não se descarta a concessão de efeitos jurídicos, tanto pessoais como patrimoniais, aos parceiros integrantes de uma relação homossexual, na posição de sociedade de fato, porquanto o que fica desacolhido, neste instante social pelo menos, é a equiparação desse relacionamento ao matrimônio ou à união estável, esses adstritos às relações entre pessoas de sexos opostos (heterossexuais).

A analogia da relação homoafetiva à união estável é desaconselhável, ante o expressa e explícita determinação constitucional (art. 226, § 3º), pois, do contrário, estar-

³³⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo, De frente para a Constituição, p. 3.

se-ia ampliando uma regra imposta na Carta Maior de modo claro e evidente, sem maiores cogitações.

Também não se pode valer dessa regra interpretativa para extrair a existência de tal união como espécie de entidade familiar, em face do que disciplina o parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição Federal, mormente pelo emprego do advérbio “também”, porquanto, como se depreende, esse dispositivo retrata a família monoparental como entidade familiar (ou família), dentre as quais – famílias monoparentais – inclui-se “também” a “formada por qualquer dos pais e seus descendentes”; repita-se, afora essa comunidade, também podem existir outras famílias monoparentais.

Destarte, a união homoafetiva não se subsume ao gênero família monoparental, pois inexistente parentesco, muito menos unilateral, entre os parceiros homossexuais, donde inaplicável a analogia, também nesse parágrafo constitucional.

Por outro turno, ineludíveis são as prevalências dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, como fartamente anotado e do que não se esquiva, mas, como também há que de concluir, para a aplicação pragmática desses fundamentos, não se pode alterar sobremaneira regras principiológicas por mera interpretação doutrinária. Destarte, em ocorrendo a alteração do sistema constitucional, fatalmente a união homossexual equivalerá à união estável, com direitos e obrigações inerentes à atual relação heterossexual.

Enquanto isso não se operacionalizar, ao relacionamento homoafetivo empregar-se-á a conotação de sociedade de fato, com efeitos pessoais e patrimoniais dela advindos, para que não se ofenda um princípio constitucional sistematizado, qual seja, de que a união estável verifica-se em relacionamentos entre homens e mulheres.

Com a intenção de finalizar o debate, apresenta-se a opinião de Sérgio Gisckow Pereira que, depois de rechaçar eventual qualificação como pessoa preconceituosa, que possa eventualmente a ele ser dirigida, o que denega, uma vez que afirma aceitar plenamente a alteração da Carta Magna até para a concessão de casamento entre pessoas homossexuais, informa o seguinte: “A questão é muito simples: nosso sistema jurídico não comporta ainda sequer a construção pela analogia. O problema está em que a Constituição

Federal expressamente só aceita união estável entre heterossexuais. A solução da analogia é forçada, pois implica terminar concedendo os mesmos direitos dos heterossexuais na união estável. Está evidente que a Constituição Federal não permitiu união estável, ou efeitos dela decorrentes, para homossexuais. (...) Vejo a posição gaúcha como precedente arriscado em termos de desrespeito à Constituição Federal. Afinal, tantos de nós criticamos o pouco caso com que a Carta Magna é enfocada”³³⁹. E conclui: “Que se modifique a Constituição Federal, para afastar a referência de que a união estável só existe entre heterossexuais; aí tudo será diferente.”³⁴⁰

O Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, com apoio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), pretende apresentar ao Congresso Nacional um projeto de emenda constitucional visando a alteração do artigo 226, parágrafo 4º, da Constituição da República, para que passe a vigorar com o seguinte teor: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou união afetiva de convivência estável e com objetivo de constituição de família.”

Esse fato é demonstrativo evidente e coeso de que, para ser considerada como modo constitutivo de vínculo familiar, na qualidade de entidade familiar, a união homoafetiva necessita de amparo legislativo na Carta Federal, para que, com fulcro nela, as normas infraconstitucionais possam ser consentaneamente interpretadas. Enquanto isso não se verificar, essa união homossexual será, para efeitos legais, uma sociedade de fato, com conseqüências pessoais e patrimoniais aos seus parceiros, sem, contudo, constituir uma família ou uma entidade familiar.

3.8 Características contemporâneas

Em epílogo ao capítulo alusivo à família, um discurso sobre suas características contemporâneas, sobretudo da família brasileira, merece ser apresentado, com o escopo de firmar, confirmar e referendar a veracidade das narrativas sobre a interpretação da família atual, mormente depois da vigência da Constituição da República brasileira de 1988 e do

³³⁹ Sérgio Gischkow Pereira, *Estudos de direito de família*, p. 71.

³⁴⁰ Ibidem, mesma página.

Código Civil de 2002, cujo relacionamento familiar nasce das emoções recíprocas entre o homem e a mulher, embasadas no afeto, carinho, cumplicidade e respeito pessoais e recíprocos.³⁴¹

A família desvinculou-se da concepção hierarquizada, paternalista e patriarcal³⁴² – centrada na pessoa do pai, marido, homem, chefe supremo da sociedade conjugal, centralizador dos poderes, pessoais e patrimoniais, sobre a esposa e filhos –, para assumir uma função democrática, com a plena igualdade de direitos e obrigações entre o homem e a mulher – seja na sociedade conjugal, no relacionamento estável ou mesmo no mero convívio social – e equiparação também das garantias e deveres, pessoais e patrimoniais, independentemente da causa originária da filiação – se extra ou matrimonial, consangüínea ou legal.³⁴³

O pai, por seu turno, abandona paulatinamente a retrógrada atividade de mero e exclusivo provedor – catalizador dos recursos financeiros para o sustento da família –, reprodutor, chefe hierárquico e temido, para assumir ativa função educacional, orientadora, com efetiva participação nos acontecimentos familiares, realçada na formação de seus filhos.

Hoje, pai e mãe ativamente participam da formação e construção da personalidade dos filhos, assim como mutuamente se auxiliam em seus crescimentos pessoais, emocionais e profissionais, pois cada qual, com suas idiossincrasias familiares originárias,

³⁴¹ Sérgio Resende de Barros denomina esse afeto de *afeto conjugal*: “Mais conveniente é chamá-lo ‘afeto familiar’ (ou, caso se prefira, ‘afeto familiar’ ou ‘afeição familiar’.” (Ideologia da família e *vacatio legis*, p. 12).

³⁴² José Renato Nalini historia o seguinte: “O Brasil herdou o modelo patriarcal da família portuguesa e, com alguns temperamentos, foi esse o modelo predominante até este século. O processo rápido de urbanização e de industrialização fez desaparecer, no Brasil, a grande família da zona rural, modelo moderno de conjugação do parentesco por agnação e por cognação, sob estrutura unitária de grupo fundado na autoridade do chefe.” (A família brasileira do século XXI, p. 13).

³⁴³ Referendando essa posição, José Sebastião de Oliveira afirma: “As deliberações da sociedade familiar devem ser tomadas de comum acordo. Consequências diretas disso são: esposa como cooperadora do marido, em regime de co-gestão, no casamento; companheira como cooperadora do companheiro, nas uniões estáveis; filhos como verdadeiros amigos de seus pais, nas famílias monoparentais e nas outras duas espécies de famílias citadas.” (*Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 264). Rodrigo da Cunha Pereira corrobora esse pensar: “Vê-se que os juristas começaram a se preocupar com a questão da paternidade a partir do momento em que aqueles papéis estanques e definidos, dados pelo modelo patriarcal, já não correspondiam mais à realidade marcada pela revolução feminista e pela engenharia genética. Assim, neste momento, o pai divide com a mãe os cuidados com as crianças e os afazeres domésticos; o pai que educa e sustenta não é necessariamente o pai biológico. O filho pode ser adotivo, ou advindo de inseminação artificial heteróloga. Isto significa que a sua função não é essencialmente reprodutiva: o pai pode ser o transmissor de um nome ou de um patrimônio; enfim, pode ter uma função econômica e social.” (*Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, p. 145).

une-se para formar uma nova família, com suas próprias, peculiares e adequadas formas comportamentais, jungida às suas vicissitudes, haja vista a personalidade, em seu aspecto psíquico, dos seus constituidores.³⁴⁴

Luiz Carlos Osório, a respeito dessa transformação por que passa a família, inclusive o próprio casamento, pronuncia-se: *“Quando digo que a família é perene refiro-me a ela como instituição que acompanha a humanidade desde seus primórdios e provavelmente a seguirá acompanhando até o fim da vida humana na Terra. A família-instituição não morre, mas cada família sim, ao fim de seu ciclo vital. E os casamentos também deveriam fazê-lo, pois igualmente têm seu ciclo de vida. O que sucede é que, nos casamentos bem-sucedidos, os respectivos cônjuges morrem, como indivíduos, antes que o casamento acabe. Assim como há indivíduos longevos, há casamentos longevos. E assim como há indivíduos que morrem prematuramente, há casamentos que precocemente terminam. Creio, contudo, que o casamento-instituição, assim como a família, não se extinguirá, apenas sofrerá as necessárias transformações para ajustar-se aos ‘mores’ dos tempos que vivemos.”*³⁴⁵ (destacou-se).

A família transforma-se, altera-se, avança e retroage em suas intra e externas relações, mas sempre será o epicentro da sociedade, na qual a sua finalidade mor é a formação da personalidade da pessoa humana para a convivência social, “porque se pode, seguramente, afirmar que possui a família uma importantíssima função socializadora”³⁴⁶

³⁴⁴ Para José Renato Nalini, “em lugar de exercer a ‘chefia do casal’, o marido é hoje um ‘companheiro’ da mulher” (A família brasileira do século XXI, p. 15). Complementa Luiz Carlos Osório: “Cooperação, competição, simbiose, complementaridade, reciprocidade são alguns termos que delimitam o papel conjugal. O papel conjugal não abarca, portanto, as atribuições decorrentes da função reprodutora, que pertencem à esfera do papel parental.” (*Família hoje*, p. 18). Giselle Câmara Groeninga, ao discorrer sobre as regras de formação da família, realça o seguinte: “É na constituição mesma da família que encontramos a passagem do privado para o público, dado pela relação de filiação que articula, em sua origem conjugal, sexual e privada, a passagem para o público, exogâmico, que será realizada pelo filho quando se constituir como adulto e fundar uma família. Na opção de se construir uma família, o pressuposto é o de sair da família de origem, assumindo a vida adulta e a função conjugal, possivelmente também a parental, deixando em segundo plano a função filial. Com as experiências – inter e intra-subjetivas – relacionais, e com o amadurecimento, a pessoa passará a assumir funções próprias à sua idade” (Família: um caleidoscópio de relações, p. 134). Salienta, outrossim, Eroulths Cortiano Júnior: “Como consequência da prioridade constitucional dada aos valores existenciais do homem, a proteção da família assenta-se na ‘tutela funcionalizada da entidade’, que deve servir para o desenvolvimento da personalidade de seus membros.” (O direito de família no projeto do Código Civil, p. 232).

³⁴⁵ Luiz Carlos Osório, *Família hoje*, p. 78. Sérgio Resende de Barros, aliás, afirma com veemência que o direito à família é, no direito de família, o direito humano fundamental de todo e qualquer cidadão, pois “(...) não se pode pensar na vida humana sem pensar na família” (Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais, p. 612).

³⁴⁶ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 268.

ou, como sintetiza Jacques Lacan: “Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura.”³⁴⁷

Teresa Celina Arruda Alvim Pinto referenda essa metamorfose familiar: “A ‘cara’ da família moderna mudou. O seu principal papel, ao que nos parece, é o de *suporte emocional* do indivíduo. A família de hoje, que não mais se consubstancia num grão de areia, praticamente carente de identidade própria, que vai juntar-se ao grupo familiar mais extenso (tios, avós, primos, etc.), foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos.”³⁴⁸ (destaque no original).

Família hoje é portanto um núcleo – família nuclear –, constituída pelo pai, mãe e seus filhos; é uma entidade centrada, introspectiva, com escopos constitutivos, formadores e lapidares da personalidade, inclusive humanista, de cada membro que a integra³⁴⁹. Dizer que a família atualmente é um organismo individualista é camuflar sua compreensão, pois é sim uma entidade individualizada, no sentido de distinguir-se das demais na investigação e perseguição meticulosa dos interesses peculiares das pessoas que a compõem, centrados, quanto possível, na identificação, deliberação e conseqüente cumprimento do bem-estar familiar³⁵⁰. Houve um enxugamento da interação familiar, com a noção de família núcleo, a fim de que as pretensões possam ser melhor apreendidas, pensadas e executadas; é a união e reunião das forças dos membros desse núcleo com o fito de adimplir as

³⁴⁷ Jacques Lacan, *Os complexos familiares na formação do indivíduo*: ensaio de análise de uma função em psicologia, p. 13.

³⁴⁸ Teresa Celina Arruda Alvim Pinto, *Um novo conceito de família: reflexos doutrinários e análise da jurisprudência*, p. 83.

³⁴⁹ Teresa Celina Arruda Alvim Pinto discorre: “Paulatinamente, esses liames foram sendo substituídos por laços predominantemente afetivos e a família foi tornando-se menor, centrada no casal e seus filhos.” (*Um novo conceito de família: reflexos doutrinários e análise da jurisprudência*, p. 83). Cristiano Chaves de Farias também argumenta: “A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto e no amor. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.” (*Direito constitucional à família – ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional*, p. 8).

³⁵⁰ José Sebastião de Oliveira leciona: “O que os membros da sociedade familiar devem sempre ter em mente é que, no embate entre os seus interesses pessoais e os do grupo familiar, devem sempre prevalecer estes últimos, para se evitar o enfraquecimento dos laços de afetividade que unem os seus componentes, provenham eles do matrimônio, da união estável ou da comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes.” (*Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 265).

expectativas por eles próprios democraticamente eleitas como metas prioritárias dessa concentração nuclear constituída por pai, mãe e respectivos filhos.

Jacques Lacan afirma que “o grupo reduzido formado pela família moderna não se apresenta, com efeito, ao exame, como uma simplificação, mas antes como uma contração da instituição familiar”.³⁵¹

Em consonância a essa doutrina nuclear da família, Eduardo de Oliveira Leite complementa a lição, indicando os fatores que, segundo sua ótica, alicerçaram as mudanças familiares: “Hoje, a revolução tecnológica de nosso século, os movimentos de igualização da mulher e, mais recentemente, a revolução sexual dos anos 60, com a liberação dos jovens, acabaram por conferir à idéia de família a sua visão atual, de caráter nuclear, restrita a certo número de pessoas.”³⁵²

Ressoando esse núcleo característico basilar da família brasileira atual, José Sebastião de Oliveira ressalta o seguinte: “A família atual não é composta mais de grandes grupos. Já foi o tempo em que, além do marido, da esposa e de vários filhos, a família era ainda composta de genitores dos cônjuges e descendentes daqueles. O estágio sócio-cultural-econômico não mais permite esta estrutura que é impossível de ser, atualmente, sustentada. Dados estatísticos comprovam que a família contemporânea brasileira é essencialmente nuclear.”³⁵³

Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni, ao discorrerem sobre o direito de família argentino, confirmam a nuclearidade familiar, com as suas diretrizes jurídicas e sociológicas, nos termos seguintes: “*Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. (...) El concepto que hemos enunciado permite aludir sin límites a la familia integrada por todos los individuos vinculados por el matrimonio y el parentesco. Sin embargo, la sociología se interesa primordialmente por el estudio de la familia nuclear, es decir, la integrada por el padre, la madre y los hijos,*

³⁵¹ Jacques Lacan, *Os complexos familiares na formação do indivíduo: ensaio de análise de uma função em psicologia*, p. 15.

³⁵² Eduardo de Oliveira Leite, *O concubinato frente à nova constituição: hesitações e certezas*, p. 94.

³⁵³ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 230.

cuando están bajo la esfera de autoridad de los progenitores, por edad y por convivencia. Es en relación a esta familia nuclear que se efectúan los análisis destinados a formular planes de alcance y beneficio social, ya que es ese grupo familiar, sociológicamente hablando, el verdadero núcleo de la sociedad al que se alude cuando se hace referencia a la familia. (...) Pero a su vez, tal como sucede en el campo sociológico, en el ámbito jurídico también podemos reducir el concepto de familia a los padres y sus hijos menores. Esta familia nuclear es el objeto de muchas normas tutelares específicas.”³⁵⁴

A família núcleo constituída pelo pai, mãe e filhos recentemente passou por novas transformações, engendradas inclusive pelo tema planejamento familiar garantido em seara constitucional, nos termos do artigo 226, parágrafo 7º – “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” –, regulamentado pela Lei n. 9.263/96, que provocaram a redução da quantidade de filhos gerados pelos casais brasileiros hodiernos, ante a responsável paternidade e maternidade que devem imperar, o quanto possível.

Com efeito, a metamorfose familiar que centrou a família brasileira na tríade de pessoas – pai, mãe e filho –, centraliza-a com intensidade, repercutindo no número de filhos que o casal pretende gerar.³⁵⁵

Ressalte-se que um dos fatores a referendar o sistema atual de planejamento familiar é o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todas as situações fáticas e jurídicas, inclusive aqui, na demarcação das metas familiares a serem atingidas pelos integrantes do círculo dessa entidade, principalmente do esposo e da esposa, companheiro ou companheira, pai e mãe, enfim.

Ao comentar o planejamento familiar, em seara constitucional, Lourival Serejo elucida que “a preocupação com o destino das famílias já vem de outras Constituições

³⁵⁴ Gustavo A. Bossert; Eduardo A. Zannoni, *Manual de derecho de familia*, p. 5-7.

³⁵⁵ Em recente reportagem, a jornalista Cíça Vallerio colheu a constatação de Ana Lúcia Sabóia, que é chefe da Divisão de Indicadores Sociais do IBGE: “Por questões econômicas, a decisão de ter filhos está mais difícil de ser tomada, e não tão óbvia como antigamente. (...) Junte-se a isso a redução da taxa de fecundidade, ou seja, as mulheres têm hoje cada vez menos filhos” (Os sem-descendentes, p. 1). Paulo Luiz Netto Lôbo informa que “a redução da taxa de fecundidade tem sido justificada pelo interesse das famílias em maior dedicação aos filhos” (A repersonalização das relações de família, p. 151).

brasileiras, como a de 1937 (art. 127), a de 1946 (art. 164) e a de 1969 (art. 175, § 4º). O parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal levantou dois pilares do planejamento familiar: os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”.³⁵⁶

Áurea Pimentel Pereira aponta esse planejamento nos seguintes moldes: “(...) com base em um criterioso controle da fecundidade, naturalmente respeitada a livre vontade dos casais, constitui, no momento, para o Brasil, solução política, jurídica e científica, na medida em que, através de tal controle, será possível assegurar-se – ao lado de uma divisão mais justa das riquezas, via de uma correta orientação científica, que esclareça os casais em que caso a concepção possa ser desaconselhável – a eugenia da raça, e, finalmente, através de uma sadia orientação jurídica, a paternidade e a maternidade conscientes”.³⁵⁷

A família brasileira está mais centrada, é um núcleo onde as pessoas que a constituem devem possuir vozes ativas, pois há de imperar um relacionamento democrático, sobretudo pelos igualitários direitos e deveres entre o homem e a mulher; mesmo os filhos, hodiernamente ostentam posição ativa, externando seus pensamentos e vontades, donde todas essas manifestações serão sopesadas, avaliadas consoante a situação de fato, com o intuito de se obter a solução adequada para os interesses do núcleo familiar, haja vista que “a família é o primeiro agente socializador do ser humano”.³⁵⁸

Em seu novel e inédito artigo 1.513, o Código Civil de 2002, referendando a interna decisão familiar acerca de seus desígnios, estatui que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, ou seja, é a família, na concepção de seus membros, que possui legítimo interesse em deliberar suas pretensões, sem a intervenção externa de quem quer que seja.

Sobre a não interferência de qualquer entidade, nem mesmo a estatal, no contexto familiar, João Baptista Villela, embasado em ciência alemã, comenta o projeto normativo constitucional brasileiro, e oferece as seguintes indagações: “O princípio amplo da subsidiariedade, não seria o caso de deixá-lo expresso na futura Constituição brasileira? Isto é: declarar aí que o Estado não intervirá na intimidade das relações familiares, senão

³⁵⁶ Lourival Serejo, *Direito constitucional da família*, p. 75.

³⁵⁷ Áurea Pimentel Pereira, *A nova Constituição e o direito de família*, p. 78.

³⁵⁸ Tânia da Silva Pereira, *Da adoção*, p. 125.

quando a sua ação se revelar absolutamente imprescindível para salvar direitos gravemente ameaçados?”³⁵⁹

Em conclusiva posição, José Sebastião de Oliveira dita que “o Estado desempenha, atualmente, apenas o papel de garantidor de condições mínimas para que os membros da família desenvolvam suas relações dentro da maior liberdade possível. Entendimento em contrário (...) gera risco de ingerência estatal indevida em assuntos particulares dos integrantes da família, comprometendo a própria noção de Estado Democrático de Direito, na qual estamos inseridos”.³⁶⁰

A união e reunião de forças e objetivos resultam no bem comunitário da família, como ensina Virgílio de Sá Pereira: “Ora, esta cooperação é tanto mais eficaz, quanto menores entraves se opõem ao desenvolvimento natural de cada associado, quanto melhor é o ambiente para a afirmação da sua personalidade e mais rápida a maturação da sua consciência individual”. Alerta, todavia: “É preciso ser livre para obedecer, é preciso ser igual para cooperar. A família deve portanto constituir-se sob um regime de liberdade, que exclua a tirania, e de autoridade, que exclua a anarquia. Estas fórmulas de liberdade e de autoridade não são, aliás, categorias absolutas, mas relativas, variáveis conforme o ritmo geral da evolução à qual se submete a família como todas as instituições sociais.”³⁶¹

Essa democracia familiar é produtiva e produtora, solidifica o respeito entre os integrantes do núcleo, fortalecendo o relacionamento mútuo, fato que é possível pela base constitutiva da relação e, por que não afirmar categoricamente, da própria família nuclear, qual seja, o afeto, carinho, a cumplicidade e o respeito entre todos; a família atualmente forma-se com primazia nesses caracteres para, ao depois, perscrutar quais são as repercussões pessoais e patrimoniais desse convívio.

Anotado foi, mas é pertinente a reprise, sendo o fundamento da relação familiar e, com efeito, o princípio constitutivo da família, o afeto, o carinho, a cumplicidade e o respeito entre os membros da família nuclear; decerto esse quarteto de adjetivos pode ser

³⁵⁹ João Baptista Villela, *Casamento e família na futura Constituição brasileira: a contribuição alemã*, p. 292-293.

³⁶⁰ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 362.

³⁶¹ Virgílio de Sá Pereira, *Direito de família*, p. 43-44.

sintetizado no verbo amar, ou na terminologia amor, que expressa intenso e íntimo sentimento pessoal. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, “a família passou a ser, predominantemente, *locus* de afeto, de comunhão do amor”³⁶² ou, nas de Maria Berenice Dias, “é a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito”.³⁶³

Sérgio Resende de Barros anota que “da família, o lar é o teto, cuja base é o afeto”, e complementa: “Entre os humanos, o mais puro afeto – a mais irrestrita afeição – é o amor”³⁶⁴. Merece ser descrito, neste momento, a definição que o autor emprega à terminologia afeto, com a seguinte instrução: “Nas tribos latinas, a atração natural entre os indivíduos era dita *affectio* ou *affectus*, palavras compostas da preposição *ad*, que significa ‘para’, e de uma forma nominal do verbo *facere*, que significa ‘fazer’. *O significado literal* – ‘feito para’ – traduz o fato de ser ou estar ‘um feito para o outro, mutuamente’. *Eis a origem dos termos ‘afeição’ e ‘afeto’.*”³⁶⁵ (destacou-se).

Acrescenta Sérgio Gischkow Pereira: “A relevância do amor, do afeto, do ângulo emocional, da convivência respeitosa, da assistência recíproca, do prazer da companhia, do desvelo mútuo, sempre em detrimento da união forçada, artificial, hipócrita, doentia, conflitada, destruidora; eis um parâmetro essencial, alicerçante de quase todas as transformações na família e em sua normatização jurídica. (...) *O amor é um valor jurídico.*”³⁶⁶ (destacou-se).

Sem embargo da descrição exclusiva a respeito do matrimônio, válida e eficaz a lição externada no final do século XIX por Lafayette Rodrigues Pereira, com atualidade, neste contexto, como se pode aferir *in verbis*: “(...) mas o fim capital, a razão de ser desta instituição, está nessa admirável identificação de duas existências, que se confundindo uma na outra correm os mesmos destinos, sofrem das mesmas dores e compartilham, com igualdades, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida.”³⁶⁷

³⁶² Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 118. Mais adiante, complementa o autor: “Afim, no âmbito da família eudemonista, que visa a liberdade plena do sujeito em busca da felicidade, o núcleo familiar não se justificaria sem o afeto.” (Ibidem, p. 134).

³⁶³ Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 24.

³⁶⁴ Sérgio Resende de Barros, *Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais*, p. 613- 614.

³⁶⁵ Sérgio Resende de Barros, *Matrimônio e patrimônio*, p. 6.

³⁶⁶ Sérgio Gischkow Pereira, *Estudos de direito de família*, p. 48-49.

³⁶⁷ Lafayette Rodrigues Pereira, *Direitos de família*, p. 48.

Essas devem ser as características fundadoras e integradoras dos membros da família nuclear, centrada no cumprimento das suas satisfações pessoais mútuas e recíprocas, para o bem-estar de cada qual deles, que decerto repercutirá no bem-estar de toda a sociedade organizada, da qual a família é um de seus elementos integradores essenciais.

Adverte Sérgio Gischkow Pereira: “Se a família estiver estruturada e funcionalizada para transmitir aos seus componentes os valores superiores de convivência, um passo formidável terá sido dado no escopo de constituir uma sociedade mais justa, fraterna, solidária, igualitária e libertária. As transformações na família expressam o ajustamento deste ente social às novas realidades fáticas e valorativas.”³⁶⁸

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz referendam essas diretrizes familiares nos seguintes termos: “A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros. Diz-se por isso que é ‘a comunidade de afeto e entre-ajuda’. Assim, a concepção eudemonista da família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa – para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais.”³⁶⁹

Sendo o afeto, o carinho, a cumplicidade, o respeito, enfim, o amor os ingredientes essenciais para a constituição familiar, evidenciado está que eles surgem antes mesmo da formação da família; homem e mulher primeiramente nutrem-se, alimentam-se, satisfazem-se mútua e reciprocamente dessas saudáveis iguarias sentimentais para, posteriormente, se o caso, consubstanciarem o vínculo familiar.

³⁶⁸ Sérgio Gischkow Pereira, *Estudos de direito de família*, p. 61.

³⁶⁹ José Lamartine Corrêa de Oliveira; Francisco José Ferreira Muniz, *Curso de direito de família*, p. 13. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka acrescenta: “Sem dúvida, hoje, o modelo de família que prevalece é o eudemonista, ou seja, aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar.” (Família e casamento em evolução, p. 8).

Primeiro o amor, depois a família!

Na troca desses afagos sensitivos, primariamente homem e mulher não vislumbra o resultado final, que é constituir uma família; com o passar dos tempos, contudo, com sua solidificação e enraizamento no âmago de cada um deles, é que nasce a concreta vontade de união para a consecução de objetivos comuns, com a formação do vínculo familiar, por quaisquer de suas formas legalmente admitidas.

Em sua base inexorável a família nasce da preambular intenção das pessoas (homem e mulher) de unirem-se pelo afeto, carinho e amor que se retribuem, com os quais pretendem unificar seus ideais, inclusive com a transmissão desses ingredientes sentimentais aos seus descendentes³⁷⁰. Com efeito, as palavras de Virgílio de Sá Pereira hão de ser lembradas neste momento: “Agora, digei-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.”³⁷¹

E, como escreveu na página que antecede o sobredito discurso: “A família é um fato natural. Não na cria o homem, mas a natureza. (...) Mas sempre vos direi que o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera.”³⁷²

Deveras, a família nasce porque, com antecedência, nasceram instintivamente os sentimentos íntimos nas pessoas que depois decidiram construir um vínculo familiar. Por isso, é a família um fato da natureza, pois os sentimentos são naturais, mormente aqueles desprendidos de qualquer intenção secundária, abnegados de máculas ou dissimulações. Em sendo naturais, íntimos, espontâneos, até mesmo instintuais, esses sentimentos dispensam o império legislativo para os reger, menos ainda para os criar; contidos no

³⁷⁰ Nesse aspecto, merece menção a doutrina de João de Matos Antunes Varela: “O elemento determinante de aglutinação das pessoas em família é de caráter ‘biológico’ (a união dos sexos e a procriação), muito diferente do ‘factor’ (‘político’) subjacente à constituição do Estado ou do ‘vínculo’ (‘identidade profissional’) sobre o qual assenta a formação dos modernos ‘sindicatos’ ou das antigas ‘coorporações’ medievais de artes e ofícios.” (*Direito da família*, p. 26).

³⁷¹ Virgílio de Sá Pereira, *Direito de família*, p. 90.

³⁷² *Ibidem*, p. 89.

âmbito da pessoa, a norma legal dispõe de meios coativos para exigir que sejam eles adimplidos.

Essas narrativas podem, a princípio, soarem como mera retórica, todavia José Sebastião de Oliveira afirma e reafirma: “O afeto funciona como verdadeiro amálgama nas relações entre os membros da família. Ela fica hermeticamente protegida contra toda a sorte de ingerências externas. (...) Realmente, o Direito não tem o poder de criar afetividade. Sentimentos naturais não decorrem de legislações, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, diálogo e compreensão.”³⁷³

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, porém no mesmo ano, Sérgio Gischkow Pereira discorreu sobre as tendências do direito de família, sugerindo nove planos fundamentais para essas novas tendências, sendo o primeiro deles “o amor como valor capaz de dar origem, sentido e sustentação ao casamento”.³⁷⁴

Com a vigência da Carta da República Federal, ao comentá-la, concluiu o mesmo doutrinador gaúcho: “Com júbilo, pude verificar como esta avançou extremamente, não hesitando em acolher a maioria das orientações contemporâneas. Resta ao intérprete e aplicador não apequená-la ou amesquinhá-la, alicerçado em preconceitos ou posições superadas. (...) Uma família estruturada sobre os alicerces do afeto, da verdade e da não opressão, é o que almeja a Constituição. As relações saudáveis no plano familiar são passo incomensurável visando a corrigir as distorções sociais.”³⁷⁵

Virgílio de Sá Pereira sintetiza que a família moderna é “uma organização democrática. Qual o princípio que a plasma e a informa? Não é a autoridade – princípio político, mas o amor – princípio ético”.³⁷⁶

Todos os sobreditos ingredientes emocionais adotam-se como sustentáculo da constituição familiar e fonte de interpretação desses relacionamentos, aos quais somam-se os princípios constitucionais que norteiam todo o sistema fático e jurídico, sobretudo, neste caso, os da cidadania e da dignidade da pessoa humana, pois no próprio relacionamento

³⁷³ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 232-233.

³⁷⁴ Sérgio Gischkow Pereira, *Estudos de direito de família*, p. 48.

³⁷⁵ Sérgio Gischkow Pereira, *Algumas questões de direito de família na nova Constituição*, p. 247 e 253.

³⁷⁶ Virgílio de Sá Pereira, *Direito de família*, p. 52-53.

familiar, que há de ser respeitoso e digno – para que se possa falar na preservação do afeto, carinho, cumplicidade, respeito e, enfim, do amor–, inexoráveis se tornam as recíprocas proteções e garantias dos respectivos e individuais direitos e deveres de cada qual dos membros do círculo familiar (cidadania), bem como do respeito e preservação da dignidade de cada uma dessas pessoas (dignidade da pessoa humana).

Todos esses fatores, com efeito, são elementos integrativos mantenedores da saudável e digna convivência em sociedade familiar.

Não se olvidar, no entanto, a provável existência de profissionais do direito refratários a essas teorias, para os quais o pensamento de João Baptista Villela ressoa de suma importância como necessária reflexão: “Mas falar de sonho, de liberdade e de afeto soa quase estranho a quem tenha sob os olhos as leis, a literatura e a jurisprudência de direito de família. Já notaram os senhores o quão pouco se fala de amor em sede de direito de família, como se este não fosse seu ingrediente fundamental? O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos.”³⁷⁷

Roga-se para que essa constatação esvaneça-se e os sentimentos afetuosos retratados – afeto, carinho, cumplicidade, respeito e amor – e os fundamentos constitucionais, de cidadania e dignidade, sobressaiam-se na interpretação do direito, inclusive e sobretudo do direito de família e suas conseqüentes contingências, desde a formação da família brasileira, como uma de suas fontes primárias, para a firmação e solidificação de uma sociedade justa, harmônica e fraterna, uma vez que, concretizada e alicerçada a família, a comunidade angariará a ressonância positiva do pragmático uso dos vínculos emocionais.

Para pausar a análise desse tema, mas não para o encerrar, pois há de ser o termômetro interpretativo das relações umbilicalmente ligadas ao vínculo familiar, pede-se licença para descrever uma das célebres frases do jornalista e dramaturgo Nelson Rodrigues relacionada ao amor: “O amor, se não for eterno, não era amor”; nada obstante o contraste com a não menos célebre expressada pelo poeta Vinícius de Moraes: “O amor

³⁷⁷ João Baptista Villela, *Repensando o direito de família*, p. 19-20.

não é eterno posto que é chama, mas é infinito enquanto dura”. Que seja, pois, eterno enquanto dure.

Sendo eterno, ou não, para os profissionais do direito interessa é sua fonte de interpretação nas relações familiares, o amor como síntese fundamental de todos os reflexos íntimos sentimentais e emocionais que integram a personalidade das pessoas que formam o núcleo família.

Na condição de elemento essencial da comunidade legalmente organizada – ou, parafraseando Rui Barbosa, “a matriz da sociedade”³⁷⁸ –, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, como por diversas vezes narrado, expressa em seu artigo 226, *caput*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” – o que também está contido no artigo XVI, item 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; destarte, dois princípios estão contidos nesse dispositivo: primeiro, que a família é a base de toda a comunidade social; depois, que essa mesma família há de ser protegida pelo Poder Público, de modo especial.³⁷⁹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em comentários a esse artigo constitucional, relata “que a família é a base da sociedade, é lugar-comum repetido há séculos”³⁸⁰; a novidade nesse texto é a interpretação semântica de família, consoante discurso acima transcrito, donde se infere que a família é constituída pelo casamento, união estável ou mesmo pela comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, ou seja, por famílias monoparentais, isso quanto à família biológica (natural ou consangüínea), uma vez que não se deve esquecer da família substituta (ou substitutiva) relacionada às crianças, adolescentes e idosos, na qual se inclui a família adotiva.

³⁷⁸ INDISSOLUBILIDADE do casamento nas Constituições brasileiras, p. 74.

³⁷⁹ Eroulths Cortiano Júnior reforça o que se anotou e completa: “Essa nova tábua valorativa faz com que a ordem jurídico-constitucional, dando azo às modificações das estruturas sociais a que respeita o direito de família, reconheça as ‘entidades familiares’ como centro da tutela jurídica. Em outras palavras: se antes o legislador ordinário dava proteção à família fundada no matrimônio, hoje se desloca esta tutela para a entidade familiar, que pode ser fundada no casamento ou na união estável e, ainda, protege-se a chamada família monoparental. Vale dizer: protegem-se as relações familiares propriamente ditas.” (O direito de família no projeto do Código Civil, p. 232).

³⁸⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, v. 2, p. 282. Rodrigo da Cunha Pereira enfatiza: “A família foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É na família que tudo principia. É a família que nos estrutura como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural.” (Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social, p. 7).

João de Matos Antunes Varela leciona sobre o contexto social da família, com as seguintes anotações: “Na base do ‘direito da família’, ou seja, da família como instituição jurídica, encontra-se a ‘família’ como realidade ‘sociológica’. A ‘família’ é o núcleo social primário mais importante que integra a estrutura do Estado. Como sociedade ‘natural’, corresponde a uma profunda e transcendente exigência do ser humano, a ‘família’ antecede nas suas origens o próprio ‘Estado’. Antes de se organizar politicamente através do Estado, os povos mais antigos viveram socialmente em famílias.”³⁸¹

É a família, como base da sociedade, o liame, o vínculo, o nexos, a verdadeira interligação entre a pessoa humana e a comunidade, incluído o Poder Público como integrante desta comunidade, tanto que, Virgílio de Sá Pereira anota que a família é o “elemento celular e orgânico da sociedade”, e completa: “Como devemos fazer para que uma sociedade seja próspera? Organizando-a de forma que as famílias, que a compõem, possam prosperar.”³⁸²

A sociedade desenvolver-se-á se as famílias que a embasam desenvolverem-se satisfatoriamente; essas, por seu turno, só evoluirão se as pessoas humanas que a integram também evoluírem, formando-se assim uma concatenação de causa e efeito, nascendo com a evolução do indivíduo que surtirá conseqüências prósperas em toda a comunidade social, com passagem pela familiar, que é o intercâmbio entre a pessoa e a sociedade.³⁸³

O outro princípio que decorre do império constitucional é a proteção do Estado à família, proteção essa que não se restringe à família como um organismo individual, mas se expande às pessoas humanas que compõem o núcleo familiar.³⁸⁴

³⁸¹ João de Matos Antunes Varela, *Direito da família*, p. 26.

³⁸² Virgílio de Sá Pereira, *Direito de família*, 43.

³⁸³ Para Virgílio de Sá Pereira, “a família é para mim uma associação espontânea, não há dúvida, mas é uma instituição social, submetida, como todas as demais, à lei inexorável da evolução. (...) Não é possível que esta associação prospere senão com a prosperidade dos seus membros” (*Direito de família*, p. 43).

³⁸⁴ José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz ditam o seguinte: “É a família nuclear que a Constituição recepciona quando reconhece à família especial proteção do Estado (art. 226): família em que são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação (art. 226, §§ 4º, 5º e 8º; art. 229). Ao fazê-lo, já a encontra ‘preestabelecida’, ‘instituída’ como fato básico da vida social, e, enquanto tal, a garante. Ela fica, portanto, ‘constitucionalizada’ e a salvo da discricionariedade do legislador ordinário.” (*Curso de direito de família*, p. 14). Enfatiza Eduardo de Oliveira Leite: “Qualquer que seja, porém, a forma assumida pelo grupo familiar, o Estado não vacila em resguardá-la, preservá-la e controlá-la como entidade sólida. O ente público tem interesse nesta regulamentação de forma bilateral; quer na preservação de sua própria existência, quer na preservação da família, vez que o elo que vincula o indivíduo à sociedade – via família – repercute diretamente na estrutura estatal.” (O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas, p. 94-95).

Francisco José Cahali orienta, com a seguinte lição: “De uma forma geral, e como ‘princípio’ a orientar este trabalho, consideramos que os efeitos da união estável são idênticos aos efeitos do casamento, sempre que a situação versar sobre regras de proteção da família, pelo Estado, assim entendido Executivo, Legislativo e Judiciário. Em face do Judiciário, parece-nos que ao Magistrado, aplicador da Lei e das demais fontes do Direito ao caso concreto, cabe fazer valer o comando constitucional em todas as situações em que o Estado aparece na relação, mesmo inexistente previsão legal, utilizando-se da analogia, costumes e princípios gerais, todos respaldados na diretriz constitucional impondo a sua proteção.”³⁸⁵

A proteção estatal, através de todos os seus organismos constitucional e legalmente instituídos, há de ser ampla, geral e irrestrita à família, como aos seus respectivos membros, preservando e protegendo os seus direitos e garantias iminentes à pessoa humana – cidadania –, tendo como meta prioritária a dignidade dos membros da relação familiar, porquanto, ao garantir os seus fundamentos, indiretamente serão preservados os fundamentos familiares.

Em complemento ao descrito no artigo 226, *caput* da Constituição Federal, essa mesma Lei soberana impõe diversas regras de observância prioritária para cumprir essa determinação protetiva, sendo que seu parágrafo 8º é de clareza impar, com os seguintes dizeres: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Áurea Pimentel Pereira comenta esse parágrafo, dizendo: “Quer nos parecer, contudo, que na norma sobredita o que na realidade quis o legislador constituinte enfatizar foi a presença do Estado como órgão protetivo, de molde a garantir, através das leis – que seriam então os mecanismos efetivos de proteção – as relações harmoniosas entre os membros do grupo familiar, evitando que, imperando entre os mesmos a violência, a família possa vir a se desorganizar.”³⁸⁶

Outros dispositivos da Carta Magna merecem expressa citação, iniciando pelo artigo 203, inciso I que, no capítulo relacionado à Assistência Social, impõe o seu

³⁸⁵ Francisco José Cahali, *Efeitos não patrimoniais da união estável*, p. 104-105.

³⁸⁶ Áurea Pimentel Pereira, *A nova constituição e o direito de família*, p. 86.

adimplemento, independente de retribuição pecuniária, com objetivo de proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e o idoso. Ao discorrer sobre a educação, determina que ela é um direito subjetivo de toda pessoa humana, cuja obrigação é estatal e familiar, “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, *caput* da CF).

Límpida, precisa e espetacular a imposição constitucional; todavia, o pragmatismo dessas regras não desfruta as conseqüências desejadas pelo legislador constituinte e, na realidade, pretendida por toda a sociedade organizada. Infelizmente, todo aparato social e educacional almejado está a uma razoável distância do ideal, conquanto os expressos ditames constitucionais. Evidencia-se, com isso, que a transformação da sociedade, o implemento de diretrizes básicas, enfim, o aperfeiçoamento da pessoa e da comunidade dependem mais e mais da própria vontade social e, mormente e inclusive, do Poder Público, não bastando meras regras normativas.

As normas legais são necessárias, sim, até para que se possa exigir o seu cumprimento; no entanto, por si só, sem a adequada implementação prática, tornam-se letras mortas no contexto social.

Infere-se, por essas diretrizes constitucionais, que o Poder Público assume posição protetiva, mas, em certos, senão variados dispositivos, distribui essa função entre a própria família e a sociedade organizada; além de entidade protegida pelo Estado, em situações prescritas, passa a família a ser ente protetor, como se verifica do artigo 227, *caput* da Constituição republicana, que cuida da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”³⁸⁷

³⁸⁷ José Afonso da Silva enfatiza: “Essa família, que recebe a proteção estatal, não tem só direitos. Tem o grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente enumerados no art. 227: (...)” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 824).

Estão assegurados, pois, ao menos em âmbito legislativo, à criança e ao adolescente, amplos direitos que promovam o seu bem-estar, físico e mental, seu pleno desenvolvimento cultural, educacional e profissional, inclusive com a observância de seus momentos de lazer. Afora isso, há de ser garantida a convivência em família e na comunidade em que vive, como verificado no estudo da família substituta.³⁸⁸

Pérola Melissa Vianna Braga comenta que “a sociedade atual é burocratizada e o critério ‘idade cronológica’ tornou-se fundamental. Logo, o lugar que se ocupa na sociedade é definido em função da idade cronológica. Nosso ciclo de vida tem etapas clássicas: infância, adolescência, vida adulta e velhice”.³⁸⁹

Em face disso, assegurou o legislador constituinte a proteção integral também ao idoso, consoante textualizado no artigo 230, *caput* da Carta da República de 1988: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”³⁹⁰

Com a proteção do Estado, há que ser afirmado e reafirmado que todos os direitos e garantias fundamentais inerentes a todo e qualquer cidadão são também direitos e garantias da criança, do adolescente e do idoso, com dever de observância pela família,

³⁸⁸ Essas garantias constitucionais alusivas à proteção integral do infante são repetidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em especial no seu artigo 4º, *caput*. Wilson Donizeti Liberati afirma que esse diploma legal “(...) revolucionou o direito infanto-juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral. Essa nova visão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral” (*O Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 2). Reconhece Antônio Chaves que, por esses dispositivos, infere-se que houve a confissão legal de que, por si só, o Poder Público não possui meios para amparar, garantir e até mesmo solucionar os direitos e percalços inerentes à infância brasileira, de sorte que conclama a família do petiz, a sociedade e a comunidade em geral, a auxiliá-lo no desempenho desse mister (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 52).

³⁸⁹ Pérola Melissa Vianna Braga, *Direitos do idoso*, p. 156.

³⁹⁰ As garantias constitucionais da proteção integral à pessoa idosa estão reprisadas nos artigos 2º e 3º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003). Pietro Perlingieri esclarece que “a inexistência de problemas relativos à capacidade negocial do idoso não implica a inexistência de problemas ligados ao idoso como portador de interesses, caso a caso, especiais e merecedores de proteção e de promoção. A referência é aos interesses de natureza existencial: libertação das necessidades (*libertà dal bisogno*) e respeito à dignidade, em atuação do princípio de igualdade, que é válido prescindindo das condições pessoais e da idade. O problema do idoso assume dimensões individuais e, ao mesmo tempo, sociais” (*Perfis do direito civil*, p. 168).

juntamente com a sociedade e o Estado³⁹¹. Ou por outra, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar que toda e qualquer pessoa (criança, adolescente, adulto e idoso)³⁹² tenha uma vida digna – haja vista que o direito à vida e à dignidade da pessoa são direitos fundamentais humanos (arts. 1º, inc. III e 5º, *caput* da CF) –, com todos os direitos e obrigações advindos dessa dignidade, assim como que a pessoa conviva em sua comunidade e no seio de uma família, com preferência à sua natural (biológica ou consangüínea), sobretudo porque a Lei Magna estatui, novamente como direito fundamental, a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, inc. I), sem qualquer discriminação, igualdades asseguradas também na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. I) e no Pacto de San José da Costa Rica (arts. 24 e 26), com o fito de garantir a toda e qualquer pessoa humana o direito a uma vida digna e feliz, com o implemento salutar do princípio da cidadania.

Aliás, Gustavo Tepedino argumenta: “À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.”³⁹³

Não é crível que se interprete de modo inverso, mas, se “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput* da CF), a ilação evidente é que no pronome indefinido “todos” inserem-se todo e qualquer ser humano, seja qual for a idade, sexo, cor, raça, credo religioso, nacionalidade; seja portanto criança, adolescente, adulto ou idoso, homem ou mulher, branco, negro ou amarelo, católico, protestante, espírita,

³⁹¹ Rui Carvalho Piva leciona: “Estamos nos referindo à ‘Família’, à ‘Sociedade? E ao ‘Estado’, porque é nessas três instituições jurídicas que repousam as expectativas do homem na busca da felicidade e do direito ao afeto, um interesse que a ‘sociedade’ e o ‘ordenamento jurídico’ devem disponibilizar a todos que queiram agir para consecução desse ideal.” (A legitimidade da família para tutelar interesses difusos, p. 459).

³⁹² Paulo Luiz Netto Lôbo comenta: “A criança, o adolescente, o idoso, o homem e a mulher são protagonistas dessa radical transformação ética, na plena realização do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, que a Constituição elevou a fundamento da organização social, política, jurídica e econômica.” (A repersonalização das relações de família, p. 156).

³⁹³ Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, p. 328-329.

brasileiro (natural ou naturalizado) ou estrangeiro, enfim, todos têm os mesmos direitos e obrigações no contexto social brasileiro positivado.

Com isso, permanece clarividente a eficácia valorativa aos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, imperativos de toda ordem normativa brasileira.

Em pontos cruciais, com o fim de realçar os direitos inerentes a certas etapas etárias, houve por bem o legislador constituinte em explicitar garantias às pessoas que nelas se encontrem, o que, em momento algum, significa desprezo às dos demais indivíduos – daquelas pessoas extraídas, pela idade, dessas faixas que embutem a infância, adolescência e os idosos –, pois, reafirma-se, todos são iguais, independente de suas idades cronológicas, com amplos e explícitos direitos e garantias fundamentais discorridos no artigo 5º da Carta da República Federativa do Brasil.

Um pequeno parêntese, neste momento, não se pode descuidar, para explicitar as anotações de Rodrigo da Cunha Pereira: “Como as crianças e adolescente, o idoso não faz – ou pelo menos não fazia – parte da engrenagem política e dos aparelhos do Estado. Não constituem mais um setor produtivo e economicamente ativo. O idoso ‘não existe’ porque não produz mais, não mais faz parte da engrenagem da produção econômica.”³⁹⁴

Inolvidável, entretanto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso surgiram no direito positivo para revitalizar as figuras ativas, não de meros figurantes, da criança, do adolescente e do idoso. E assim a sociedade espera que as normas não se tornem meras letras legislativas, e sim com efeitos pragmáticos visíveis e palpáveis. Ressalte-se que também não basta esperar, deve-se cumprir sua função protetiva.

Prosseguindo com a linha de descrições afetas aos relacionamentos familiares e recíprocos direitos e deveres que dela decorrem, merece ser citado o artigo 229 da Constituição Federal, o qual dita norma protetiva que embute obrigação exclusiva às pessoas que compõem a entidade familiar; destarte, são deveres recíprocos e

³⁹⁴ Rodrigo da Cunha Pereira, *Sexualidade, um direito à vida*, p. 7.

eminentemente vinculados à existência de parentesco, portanto, de família, entre os credores e reciprocamente devedores, com o seguinte teor: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Yussef Said Cahali doutrina: “Incumbe aos genitores – a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos. O pai deve propiciar ao filho não apenas os alimentos para o corpo, mas tudo o que necessário.”³⁹⁵

Ressalte-se que os genitores hão de prover as necessidades de seus filhos menores, como também dos maiores incapazes e, se necessário, cuja necessidade alimentar há de ser demonstrada, dos maiores capazes, comprovada ainda a possibilidade dos primeiros; aliás, o artigo 1.696 do Código Civil de 2002 é expresso na ausência da delimitação etária e de capacidade civil, como se pode notar pelo texto a seguir: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Essa reciprocidade, com efeito resulta na obrigação alimentícia que o filho há de ter em relação aos seus pais – consoante ditado na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, acima anotados; por conseguinte, o Estatuto do Idoso referenda que “os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil”, isto é, pelos seus filhos maiores e capazes, como por outros descendentes, também maiores e capazes, por interpretação analógica à segunda parte do sobredito artigo 1.696 da Lei Civil.

Cumprindo a proteção estatal, determina o artigo 14 do Estatuto do Idoso: “Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social”, cuja aplicabilidade está a cargo da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social.

³⁹⁵ Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 523. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22, referenda: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Constatação interpretativa extrai-se de todo o discursado, pois a família, em sentido amplo e irrestrito, em sendo a base de toda a sociedade, é entidade protegida pelo Estado, e, em certas e prescritas situações, ao lado deste e da própria sociedade, assume a posição de ente protetor. Se assim o é, deduz-se que o legislador, ao garantir expressa proteção à família, pretende sim protegê-la, enquanto alicerce basilar de toda a comunidade organizada; entretanto, o foco mirante protetor é o ser humano, pessoa que integra essa corporação.

Afinal, como mencionado, a família é o verdadeiro liame, fático e jurídico entre o indivíduo e a sociedade, nesta o próprio Poder Estatal. Ao proteger a entidade familiar, fatalmente, o que almeja o Estado é proteger invariavelmente os seres humanos que a compõem, garantindo-lhes o direito à vida digna e os consectários fáticos e pragmáticos dessa dignidade.³⁹⁶

Destaque-se a lição de Antônio Chaves, que sintetiza essa imprescindível proteção estatal à família, cujo fim primordial é a proteção das pessoas que a integram: “A família nasce de processos naturais, e embora receba uma regulamentação da natureza, da religião e da moral, dessa regulamentação não pode deixar de participar também o Estado, dada a importância de que a família se reveste para o bem-estar do indivíduo e da comunidade. O Estado, ao proteger a família, trata, em primeiro lugar, de velar pelo que constitui o adequado desenvolvimento e complemento do indivíduo. (...) E na verdade o Estado intervém para consolidar os vínculos, para garantir a segurança das relações, para disciplinar, melhorar e dirigir às finalidades supremas, as quais ele mesmo objetiva, o organismo familiar que constitui a primeira base da sociedade.”³⁹⁷

Com escopo conclusivo, todos esses caracteres contemporâneos da família brasileira hão de ser avaliados, sopesados e dosados, porém nunca esquecidos, quando da interpretação das normas alusivas ao direito de família, ante sua peculiar e basilar natureza

³⁹⁶ Gustavo Tepedino obtempera: “Pode-se afirmar, em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo artigo 1º, III da Constituição Federal a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo artigo 226 do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.” (*Temas de direito civil*, p. 328).

³⁹⁷ Antônio Chaves, *Tratado de direito civil*, v. 5, t. 1, p. 36.

na formação do núcleo familiar, para solidificação sentimental centrada no afeto, carinho, cumplicidade, respeito, enfim, no amor, a cujos ingredientes exegéticos somam-se os princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana; destarte, “(...) a família atual está matrizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada.”³⁹⁸

³⁹⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo, A repersonalização das relações de família, p. 138.

4 O CASAMENTO

A família que nasce do casamento, conquanto defenestrado o adjetivo “legítima”, permanece amparada pela lei civil, é também base da sociedade – “matriz da sociedade” como dizia Rui Barbosa – e ostenta a plena, total e irrestrita proteção do Estado. Continua família, como sempre foi, com os seus predicados, garantias e obrigações jungidas a toda e qualquer espécie de relacionamento familiar.

Isso é irrefutável, por mais eloqüente ou refratária que seja a posição doutrinária ou jurisprudencial ostentada sobre o matrimônio. Existem outras formas de ser constituída uma família ou entidade familiar, todas consideradas bases da sociedade e protegidas pelo Poder Público, entretanto a decorrente do casamento também é uma dessas modalidades constitutivas e protegidas.

Depois de retratado o vínculo familiar, sobretudo as características contemporâneas da relação familiar brasileira, para atingir a proposta discursiva deste trabalho – família decorrente do casamento –, há que se lançar certas tintas sobre o instituto do casamento, uma vez que ele é o requisito básico, essencial, primordial e exclusivo para que se fale no relacionamento que dele nasce.

Casamento é um dos modos de constituição da família em sentido amplo; na sua vigência reina o relacionamento familiar, que perdura por toda sua existência e, até mesmo após o término do matrimônio, por quaisquer de suas formas – morte, nulidade, separação judicial ou divórcio –, permanece intocável o vínculo familiar por ele criado, agora, no entanto, sob nova conotação, composição e até nomenclatura, qual seja, a família monoparental. Ressalve-se que somente entre os próprios cônjuges é que esse rompimento extingue a relação familiar, cuja perenidade citada refere-se às demais pessoas integrantes do convívio familiar criado pelo casamento.

Perpassar por esse instituto do direito civil, com efeito, é condição basilar para dar o devido desfecho ao discurso relacionado à família que a existência jurídica do casamento constitui, quais os seus efeitos e garantias, e, após sua extinção, qual o desígnio empregado ao relacionamento familiar propriamente dito.

Em assim sendo, analisar-se-á o casamento, depois de sua definição, finalidades e natureza jurídica, os seus demais pontos fulcrais, cuja desatenção redundaria em penalidade máxima no estudo do temário, sob a ótica enfocada na legislação civil vigente, ou seja, como está posto o matrimônio no Código Civil, consoante as diretrizes constitucionais de 1988³⁹⁹, com ressalvas às normas pretéritas, quando o narrar histórico for imprescindível, até atingir o instante de focar os modos de extinção do vínculo matrimonial, com a consequência assumida pela família nascida desse relacionamento.

Neste contexto, como não se trata de um curso de direito, muito menos se tem a pretensão leviana de tentar escrever um tratado sobre casamento, apontar-se-ão os pontos, tópicos e matérias relevantes, especificamente para este estudo, ou seja, correlatos com a família decorrente do matrimônio e os seus reflexos na Lei Civil vigente, ou então pela inovação que trouxeram ao sistema jurídico normativo brasileiro, ou, sobretudo, pela polêmica que eventualmente dele decorra, mas sempre com ótica focada na constituição do vínculo conjugal formador de uma nova família.

Cada um dos institutos inerentes à constituição do matrimônio serão abordados pontualmente, sob três focos de destaque para a eleição de sua relevância: a conexão com o vínculo familiar originado do casamento, consoante os nortes assumidos como elementares para esse discurso, e suas consequências jurídicas e legais; a inovação tipificada pela novel legislação civil; e, por derradeiro, a polêmica, doutrinária e (ou) jurisprudencial, dele decorrente.

Seguir-se-á, para tanto, a própria descrição sistematizada pelo Código Civil brasileiro de 2002, o quanto isso for possível e pertinente, porquanto, em determinados

³⁹⁹ Francisco José Ferreira Muniz destaca: “E o casamento? Estaria o casamento protegido pela Constituição? A circunstância de o princípio de ‘proteção’ do casamento não se encontrar formulado de modo explícito não se afigura decisiva para negar essa garantia institucional ao casamento. É possível a seguinte leitura do texto constitucional: a liberdade de se casar corresponde a um direito fundamental do ser humano (direito de personalidade) porque tutela um interesse fundamental do homem, consagrado no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (...). Este princípio encontra-se recepcionado no catálogo de direitos fundamentais da Constituição (art. 5º, § 2º) e faz parte integrante do Direito Brasileiro. O direito de se casar (liberdade matrimonial) assume, portanto, um valor constitucional. Isto significa que todos os cidadãos têm direito de constituir família mediante celebração do casamento. A liberdade nupcial é um princípio fundamental e de ordem pública, pelo que se considera inadmissível restrição à liberdade pessoal de casar a existência de normas que estabeleçam impedimentos fundados na raça, na nacionalidade ou na religião dos nubentes, bem como a inserção de cláusula de celibato ou viuvez em determinados contratos.” (A família na evolução do direito brasileiro, p. 78-79).

itens, será imprescindível o discurso conjunto de dispositivos legais embutidos em capítulos diversos; do contrário, a orientação será a regência sequencial legislativa.

No capítulo Do Casamento, pequenas alterações foram tipificadas, em muitas das quais procurou o legislador realinhar situações jurídicas consideradas equivocadas, pela doutrina e (ou) jurisprudência, na legislação anterior e, em outros pontos, adequar a norma ordinária aos preceitos e fundamentos estatuídos na Constituição Federal de 1988, mormente os alusivos à igualdade dos cônjuges.

Inolvidáveis os vetores que haverão de ser utilizados para interpretar os derivados questionamentos que possam surgir a respeito do casamento, desde sua prévia habilitação, celebração e constituição, até sua efetiva dissolução, por quaisquer de suas modalidades, quais sejam: por um lado, os que servem de parâmetros para figurar as hodiernas características da família brasileira, concentrados no afeto, carinho, cumplicidade e respeito, enfim, no amor, mormente, entre os parceiros dessa relação, no caso, os cônjuges; por outro, nos princípios constitucionais fundamentais, centrados aqui na cidadania e na dignidade da pessoa humana.

Esses serão, pois, os elementos norteadores da eleição dos institutos jurídicos afetos à constituição do casamento e conseqüente interpretação normativa relacionada à convivência familiar decorrente do matrimônio, haja vista que a meta primária e essencial, o foco central do discurso, é a formação da família por uma relação conjugal.

Há que se destacar, outrossim, que despontaram situações jurídicas antinômicas entre o casamento e a família, por exemplo, em eventual necessidade de anulação daquele, resultando na desconstituição desta, quando a melhor exegese, senão a prévia opção legislativa, é ou foi pela convalidação e superação do vício que maculava o matrimônio, com o fito de sobrelevar o vínculo familiar constituído. Destarte, em prol da família que se formou, restabelece-se o matrimônio, com a superação do defeito, dès que este não seja essencial à própria validade e existência jurídicas do ato nupcial.

Sempre que plausível e juridicamente sustentável, entre o efetivo cumprimento de formalidades do casamento e a família que se formou, com fulcro nos sobreditos critérios – emotivos e fundamentais – vetores, opta-se pela eficácia do vínculo familiar, ainda que

alguma ou algumas das formalidades tenham sido inadimplidas, como argumenta Rodrigo da Cunha Pereira, em outro contexto, mas com aplicabilidade neste: “É que o direito deve proteger a essência muito mais que a forma ou a formalidade das relações.”⁴⁰⁰

Essa é a ótica interpretativa que há de ser adotada.

4.1 Definição e finalidades

O Código Civil de 2002 não define ou conceitua o que se deva entender por casamento, como não o fazia a Legislação de 1916 ou qualquer outra letra legal revogada⁴⁰¹. Aliás, anota Camilo de Lelis Colani Barbosa, que nem mesmo as codificações alemã, francesa e italiana – as quais, como analisado, serviram de base, respectivamente, para os Códigos Civis brasileiros de 1916 e 2002 – ofertam tal definição, e sim somente o Código Civil de Portugal, em seu artigo 1.577º, que dispõe: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”⁴⁰²

Estatui a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XVI, o seguinte:

- “1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.”

Nesses termos também se expressa a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, no artigo 17:

⁴⁰⁰ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 87.

⁴⁰¹ Não se olvidem os posicionamentos de Euclides Benedito de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que afirmam encontrar-se a definição de casamento no artigo 1.511 do Código Civil de 2002, que assim está disposto: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” (Do casamento, p. 11).

⁴⁰² Camilo de Lelis Colani Barbosa, *O casamento no novo Código Civil brasileiro*, p. 63-64.

“§ 2 - É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

§ 3 - O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes.”

Em sua acepção vocabular, casamento é sinônimo de matrimônio.

Diogo Leite de Campos, escritor português, ao discorrer sobre esse tema, ensina que “a palavra *matrimónio* deriva etimologicamente de *mater* e *munium* ou *munus*, ou seja, ofício de mãe. Acentua, pois, o papel da mãe na procriação e educação da prole. Também se usa a expressão consórcio (de *com* e *sors*, partilha da mesma sorte ou condição). ‘Cônjuge’, vem de *coiugium*, *com* e *iugo*, submeter ao mesmo jugo, acentuando a comunidade de vida dos esposos”.⁴⁰³ (destacado no original).

Enquanto isso, Guillermo A. Borda leciona que “*el sinónimo ‘casamiento’ deriva de casa, significando la idea de que los cónyuges tienen casa común*”.⁴⁰⁴

Verificada a concepção etimológica, há que se extrair a jurídica acerca do casamento (ou matrimônio), sendo certo que, pelo sobredito conceito legal português, pode-se fundar a busca dos elementos que o tipificam e, com isso, a possibilidade de defini-lo no contexto brasileiro moderno.

⁴⁰³ Diogo Leite de Campos, *Lições de direito da família e das sucessões*, p. 159-160. Complementa Sérgio Resende de Barros, narrando que a terminologia matrimônio possui correlação com a patrimônio, originadas, respectivamente, das palavras *matrimonium* e *patrimonium*, em cujas designações aparece sempre “o elemento vocabular *monium*, variação fonética de *munus*, que significa ‘missão, função, ocupação’. Daí, *patrimonium* era a missão do pai: gerar e manter os bens de Roma no *ager romanus* (campo romano) sem desvio algum. E *matrimonium* era a missão da mãe: gerar e criar na *domus romana* (casa romana), também sem desvio algum, os futuros cidadãos e chefes das famílias e gentes romanas, herdeiros das coisas romanas, a dar continuidade à *civitas romana*.” (Matrimônio e patrimônio, p. 67). Quanto ao termo cônjuges, igualmente, explica Sérgio Resende de Barros: “Cônjuges são, como o próprio nome diz, os que se sentem conjugados por uma origem ou destino de vida em comum. Nessa conjugação de vidas, atua o afeto. O que define a família é uma espécie de afeto que – enquanto existe – conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. É o afeto que define a entidade familiar.” (A ideologia do afeto, p. 8).

⁴⁰⁴ Guillermo A. Borda, *Manual de derecho de familia*, p. 33.

Antes disso, porém, com intuito elucidativo, descreve-se brevíssimo histórico desse sacramento.

Em período antecedente ao próprio direito romano, o Código de Hamurabi – considerado um dos mais antigos escritos jurídicos de que se tem conhecimento⁴⁰⁵ – tratava do relacionamento entre homem e mulher, esta como esposa daquele, dêse que redigido o respectivo contrato, nos termos de seu artigo 128, *in verbis*: “Se um homem tomou uma esposa e não redigiu seu contrato, essa mulher não é sua esposa”.⁴⁰⁶

Depois, o Código de Manu, dividido que é em doze Livros, trata do matrimônio e dos deveres do chefe de família no Livro Terceiro, enquanto no Livro Nono, transcreve os deveres do marido e da mulher, em seu Capítulo XIX, a partir do artigo 418.⁴⁰⁷

Por derradeiro, a Lei das XII Tábuas cuida do casamento, como também do pátrio poder, na Tábua Quarta.⁴⁰⁸

Historia José Carlos Moreira Alves que, no direito romano, narram os doutrinadores que existiam duas espécies de casamento, qual seja, “(...) o casamento *cum manu* e o casamento *sine manu*. O primeiro seria aquele em que o homem (ou, se *alieni iuris*, seu *pater familias*) adquire a *manus* (poder marital) sobre a mulher, que, assim, se desvincula da família de origem e ingressa, com seus bens, na de seu marido, como se fosse filha dele (*loco filiae*): dessa forma, se a mulher, antes de casar, for *alieni iuris* (por estar subordinada à *potestas* de seu *pater familias* originário), continua a sê-lo na família do marido, depois do casamento *cum manu*; se *sui iuris*, torna-se, ao casar, *alieni iuris*. Já na segunda espécie – o casamento *sine manu* –, o marido não adquire a *manus* sobre a mulher, que, em virtude disso, conserva, além de seus bens, o *status familiae* anterior ao casamento”⁴⁰⁹. E conclui: “Segundo tudo indica, porém, não havia no direito romano, propriamente, duas espécies de casamento. O conceito de casamento era um só. O que ocorria era a possibilidade de ele ser acompanhado de um ato solene – a *conuentio in*

⁴⁰⁵ CÓDIGO de Hamurabi: Código de Manu, excertos: Livros oitavo e nono: Lei das XII Tábuas, p. 9.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 27.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 46-47.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 140.

⁴⁰⁹ José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, v. 2, p. 289-290.

*manum*⁴¹⁰ – pelo qual o marido (ou seu *pater familias*) adquiria a *manus* sobre a mulher. Quando isso se verificava, dava-se o que, tradicionalmente, se denomina casamento *cum manu*; em caso contrário – isto é, quando o matrimônio não era seguido da *conuentio in manum* –, tinha-se o que tradicionalmente se chama casamento *sine manu*.⁴¹¹

Arnoldo Wald expõe a concepção católica sobre o matrimônio: “(...) o Concílio de Trento (1542-1563)⁴¹² reafirmou solenemente o caráter sacramental do casamento, reconhecendo a competência exclusiva da Igreja e das autoridades eclesiásticas em tudo que se relaciona com o casamento, a sua celebração e a declaração de sua nulidade. Caracterizou-se ainda o casamento como ato solene, devendo ser precedido de publicidade e só se permitindo a coabitação dos nubentes após terem recebido a bênção nupcial. O sacerdote é considerado como testemunha necessária e não como ministro do sacramento, tendo a obrigação de manter um registro de casamento pelo qual se prova o matrimônio.”⁴¹³

Complementa-se esse discurso com a lição de Pontes de Miranda sobre a própria definição de casamento pelo Concílio Tridentino, que é a “união conjugal do homem e da mulher, que se contrata entre pessoas capazes segundo as leis, e que as obriga a viver inseparavelmente, isto é, em perfeita união uma com a outra”.⁴¹⁴

O Cânon 1.055 do Código de Direito Canônico (*Codex Iuris Canonici*) – promulgado pelo Papa João Paulo II, em 25 de janeiro de 1983 (5º ano de seu Pontificado), no Vaticano – oferece a definição canônica para o matrimônio, cujo parágrafo 1 estatui: “O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a

⁴¹⁰ A solenidade de *conuentio in manum* poderia ser realizada de três formas, “(...) pela *confarreatio* (um rito religioso), pela *coemptio* (uma forma particular de *mancipatio*) ou pelo *usus*”, como salienta José Reinaldo de Lima Lopes (O direito na história: lições introdutórias, p. 60). O *usus* era semelhante à usucapião, no qual o marido “(...) adquiria a *manus* sobre a mulher se vivesse em comum com ela durante um ano inteiro” (José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, v. 2, p. 273).

⁴¹¹ José Carlos Moreira Alves, ob. cit., v. 2, p. 290.

⁴¹² Com caráter instrutivo, menciona-se as palavras de Alexandre Henrique Gruszynski: “A partir do século IV, os Bispos começam a se reunir formalmente em assembléias solenes, gerais ou regionais, visando a deliberações e orientações comuns. É nos textos oriundos dessas assembléias que aparece verdadeiramente, pela primeira vez, uma linguagem legislativa: fórmulas breves de tom imperativo: cânones. Tais assembléias são chamadas *Concílios* e, quando pretenderam agrupar todos os Bispos da cristandade, ou seus delegados, chamavam-se *Concílios Ecumênicos*.” (*Direito eclesiástico*, p. 104 – destaques no original). Mais adiante, esclarece que o Concílio de Trento foi o 19º Ecumênico (Ibidem, p. 116).

⁴¹³ Arnoldo Wald, *O novo direito de família*, p. 15.

⁴¹⁴ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: direito de personalidade, direito de família, direito matrimonial...*, v. 7, p. 203.

vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento.”⁴¹⁵

Não o fez o Código Civil de 1916, por ser um princípio geral de direito, no entanto, o de 2002 é expresso em afirmar que o casamento é um relacionamento que se estabelece entre um homem e uma mulher, como expressa o seu artigo 1.514: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”; destarte, neste se encontra o elemento subjetivo, qual seja, a necessária presença de pessoas humanas de sexos opostos (homem e mulher).

Casamento constitui-se, pois, entre uma pessoa do sexo masculino com outra do feminino.

Aspecto que será considerado é se o casamento é um contrato ou não; todavia, isso se afeiçoa à sua natureza jurídica, obrigando-se, mormente em face das posições doutrinárias controvertidas, a análise em tópico próprio.

Ponto fulcral é a legalidade do matrimônio, isto é, só é casamento para efeitos legais a união – entre um homem e uma mulher – consoante as regras estampadas na Lei Civil; estarão legalmente casadas essas pessoas se satisfizerem todos os requisitos previstos no Código Civil de 2002, desde a habilitação, passando pela celebração, até o efetivo registro, seja ele civil ou religioso com efeitos civis.

A sua celebração é episódio fundamental, pois se trata do ato jurídico mais solene embutido na legislação civil⁴¹⁶, haja vista que, afora todo o formalismo que cerca o procedimento de habilitação e a própria sessão civil, até mesmo as palavras a serem

⁴¹⁵ No original: *Cânon 1.055 – § 1: “Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizados evectum est”* (CÓDIGO de Direito Canônico: *Codex Iuris Canonici*, p. 478-479).

⁴¹⁶ Segundo Sílvio Rodrigues: “Dada a importância que a lei atribui o casamento, principal forma de constituição da família, o legislador, tradicionalmente, rodeia sua celebração de considerável número de formalidades, não só com o intuito de garantir a livre manifestação de vontade e de chamar a atenção dos nubentes para a relevância do ato que estão praticando, como também com o propósito de dar a maior publicidade possível à realização do matrimônio. Nesse particular, o Código de 2002 praticamente reproduz o regramento proposto pelo legislador de 1916, com as modificações ou acréscimos introduzidos pela Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos).” (*Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 59).

verbalizadas pela autoridade celebrante⁴¹⁷ estão expressamente grafadas, sacramentadas nos seguintes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados” (art. 1.535, parte final do CC de 2002).⁴¹⁸

Conquanto esteja explícito, não é redundância realçar que a manifestação de vontade dos nubentes⁴¹⁹ é condição *sine qua non* para a celebração matrimonial; destarte, se um deles não se expressar solene, taxativa, espontânea e positivamente, a autoridade não celebrará o ato nupcial, tanto que o artigo 1.535, *caput* do Código Civil de 2002 é enfático: “Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: (...)”

Tanto assim o é que o artigo 1.538 do mesmo Códex apresenta as consequências em caso de dubiedade na exteriorização dessa vontade – por quaisquer destes motivos: recusa do nubente em solenizar sua vontade; afirmação de que está casando coagido; ou, por arrependimento –, sendo a primeira, a imediata suspensão do ato núbil e, depois, o impedimento a eventual retratação do contraente na mesma data, consoante explicita o parágrafo único do mesmo artigo.

Com efeito, a vontade dos nubentes é ato essencial e, portanto, expresso no conceito de matrimônio, contextualizado que está na solenidade da sua celebração.⁴²⁰

O casamento brasileiro é sempre o civil, podendo o religioso produzir efeitos civis, se cumpridas as regras legais, como estabelecem, respectivamente, os artigos 1.512 e

⁴¹⁷ Segundo Washington de Barros Monteiro: “Pelo nosso direito, o casamento só existe com a afirmação da autoridade celebrante. Nessas condições, ele inexistirá legalmente se o juiz, ou um dos nubentes, vier a sucumbir antes de pronunciada a fórmula vinculatória” (*Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 96).

⁴¹⁸ Esclarece Camilo de Lelis Colani Barbosa: “Questiona-se o porquê de tal minúcia do legislador; contudo, queremos crer tratar-se de uma oportunidade de dimensionar o ato, valorando-o para o casal e pessoas presentes, além de consistir em uma fórmula de uniformização de procedimentos” (*O casamento no novo Código Civil brasileiro*, p. 128-129).

⁴¹⁹ Esclarece Silvio Luís Ferreira da Rocha que “(...) do latim *nubente* significa que é noivo ou noiva ou designa a pessoa que se vai casar” (*Introdução ao direito de família*, p. 37).

⁴²⁰ Segundo Eduardo de Oliveira Leite: “O casamento só se justifica e legitima quando decorre da livre manifestação de vontade dos parceiros.” (*Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 51).

1.515, ambos do Código Civil de 2002; esses dispositivos seguem a norma imperativa constitucional estatuída no artigo 226, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal de 1988.

Sendo civil ou religioso com efeitos civis, consoante decorrido, o casamento é um dos institutos que fundamentam a constituição de uma família; celebrado o matrimônio, um dos seus efeitos imediatos é que dali nasce uma nova entidade familiar, como célula mater da sociedade, com especial proteção do Poder Público.

Com a aposição desses requisitos, opta-se pela apresentação de alguns conceitos de casamento, para que se possa maturar os componentes indelévels da sua atual concepção.

O primeiro, tradicionalíssimo, expressado no final do século XIX, é o de Lafayette Rodrigues Pereira, para quem “é o ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão da vida”.⁴²¹

Outro, também tradicional, mas enunciado no decorrer do século XX, é o de Caio Mário da Silva Pereira: “O casamento é a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente.”⁴²²

Ditado neste século XXI, durante a *vacatio legis* do Código Civil de 2002, anuncia Paulo Lins e Silva que “o conceito mais usual desse ato jurídico consiste na formalização do vínculo jurídico entre o homem e a mulher, para a constituição da família”.⁴²³

Na vigência desse Código Civil, a definição pronunciada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem é o ato “(...) realizado entre pessoas de sexo diferente, pelo qual é constituída, legalmente, a união destas”.⁴²⁴

⁴²¹ Lafayette Rodrigues Pereira, *Direitos de família*, p. 47.

⁴²² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: direito de família*, v. 5, p. 53.

⁴²³ Paulo Lins e Silva, O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens, p. 354.

⁴²⁴ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*: atualizado até 15.03.2002, p. 514.

Nessa diretriz, a definição de Eduardo de Oliveira Leite: “Casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que se unem material e espiritualmente para constituírem uma família”. E completa: “Estes são os elementos básicos, fundamentais e lapidares do casamento.”⁴²⁵

Vinculados pois esposa e esposo solenemente, após a celebração do casamento, conforme as regras estatuídas na legislação civil, estará constituída uma nova família, que poderia se denominar de família conjugal, família matrimonial⁴²⁶ ou matrimonializada, ou seja, a entidade familiar decorrente do matrimônio.

Nesse contexto, faz-se mister uma leitura sobre as *finalidades do matrimônio*.

Arnoldo Wald relata que “Os canonistas indicavam como finalidades do casamento a procriação e a educação dos filhos, a colaboração mútua entre os cônjuges e o remédio contra a concupiscência, distinguindo assim fins sociais e fins individuais do casamento que ainda encontramos hoje definidos no Código Civil brasileiro. Efetivamente, enquanto é fim social a educação dos filhos (art. 1.566, IV do CC de 2002), constituem finalidades individuais do casamento o convívio sexual (art. 1.566, I e II do CC de 2002) e o auxílio mútuo e recíproco (art. 1.566, III do CC de 2002).”⁴²⁷

Em consulta ao descrito Cânon 1.055 do Código Canônico, concorda-se com a sobredita assertiva, pois o texto legal expressa a finalidade canônica do casamento, “por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole”.

⁴²⁵ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 47.

⁴²⁶ Utiliza-se, aqui, essa expressão “família matrimonial” para qualificar ou adjetivar a família constituída pelo matrimônio, simplesmente para diferenciar essa espécie de família das demais, tal como a família monoparental; não se trata, pois, de referendar que essa família matrimonial hodierna se compara com a então família patriarcal e hierarquizada. Conhece-se, no entanto, a histórico interpretativo recorrido por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “O mais tradicional dos modelos, o da família matrimonial, resulta exatamente daquela concepção patriarcal de família a que antes me referia, traduzindo uma estrutura familiar dominada pelo varão, sob o jugo do qual gravitavam todos os demais membros, incluindo a mulher, cuja virtude monogâmica era mantida, na maior parte das vezes, por força desta subjugação marital. Enfim, o casamento exerceu na estrutura familiar o papel formador fundamental, mas exerceu, também, o papel máximo de ser sua própria segurança, garantindo, assim, a sua eternização.” (Família e casamento em evolução, p. 11).

⁴²⁷ Arnoldo Wald, *O novo direito de família*, p. 53.

Posta a questão religiosa nesses termos, cuja conclusão acima é indiscutível, em seara jurídica, sobretudo do direito positivo brasileiro, tal ilação é inverossímil, ou, ao menos, não tão vinculada àquela, porquanto a procriação hodiernamente deixou de ocupar a posição de vanguarda na finalidade matrimonial, até porque, como analisado, o planejamento familiar é regra constitucional (art. 226, § 7º da CF), reprisada pelo Código Civil de 2002 (art. 1.565, § 2º), no qual a paternidade responsável é um de seus pressupostos, fato que tem resultado na diminuição do número de filhos entre os casais, com a crescente quantidade de famílias formadas exclusivamente pelo esposo e esposa, sem descendentes.

Em reportagem já citada neste texto, informa Ciça Vallerio o seguinte: “Não importam os motivos pelos quais marido e mulher desistem de serem pais. Dados do último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram o crescimento do número de casais sem filhos no país. Em 1992, eles representavam 12,9% das famílias entrevistadas. Em 2002, o índice subiu para 14,1%: são mais de 7 milhões de uniões sem prole. (...) Os problemas econômicos e sociais que assolam o país, podem, sim, desestimular a maternidade. Mas o que dizer de pessoas bem sucedidas que não querem saber de filhos? Segundo a psicanalista Marina Massi, professora do Núcleo de Casal e Família da Faculdade de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), a sociedade extremamente competitiva de hoje leva a mulher a abdicar de filhos em troca de uma sólida carreira profissional.”⁴²⁸

Desvendar o motivo, neste instante, é desnecessário e desconexo; dessume-se, contudo, que os casais colocam a descendência em segundo plano, senão em terceiro, ou simplesmente excluem-na da perspectiva finalística do relacionamento matrimonial, o que resulta em descaracterizar a procriação como finalidade básica e precípua do casamento.

O matrimônio existe, produz efeitos pessoais, patrimoniais, sociais, práticos, jurídicos e até emocionais, ainda que nenhum filho venha a ser concebido.

Lafayette Rodrigues Pereira, no final do século XIX, dizia, consoante antes anotado: “Legitimar a procriação da prole, envolvendo no véu do Direito a relação física

⁴²⁸ Ciça Vallerio, Os sem-descendentes, p. 1.

dos dois sexos é, certo, um dos principais intuitos do casamento; mas o fim capital, a razão de ser desta instituição, está nessa admirável identificação de duas existências, que se confundindo uma na outra correm os mesmos destinos, sofrem das mesmas dores e compartilham, com igualdades, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida.”⁴²⁹

Regina Beatriz Tavares da Silva, ao comentar o conceito formulado por Washington de Barros Monteiro sobre casamento, pondera “que a reprodução não pode, atualmente, ser havida como finalidade do casamento, em razão da opção, não mais incomum, dos casais de não terem filhos”.⁴³⁰

Afastada, pois, a procriação como finalidade do casamento, se ela, no entanto, surgir no contexto matrimonial, conclui-se que os consortes, genitores do infante, assumem a responsabilidade pelo “sustento, guarda e educação” desse filho, consoante obriga o artigo 1.566, inciso IV do Código Civil de 2002.⁴³¹

Esse dever legal está desvinculado da finalidade matrimonial, uma vez que se trata verdadeiramente de obrigação decorrente do vínculo de paternidade e de maternidade, não do casamento; existindo casamento válido ou não, os pais são responsáveis, moral, natural e legalmente pelo sustento, guarda e educação de seus filhos menores, maiores e incapazes e, até mesmo, em situações concretas, dos maiores e capazes, consoante regras jurídicas próprias e determinadas, sobretudo no direito parental e alimentar – poder familiar e alimentos –, que aqui não é objeto de discussão.

O que vincula o marido e a esposa a alimentar, criar, educar e ter o filho sob sua inteira atenção, com efeito, é o vínculo de parentesco entre pais e filhos, independente da relação legal e emocional do pai para com a mãe, e vice-versa. São deveres inerentes ao poder familiar (art. 1.634 do CC de 2002) e à relação de parentalidade em linha de descendência (arts. 1.694 e 1.696 do CC de 2002), tudo inclusive sufragado em nível constitucional (art. 229 da CF).

⁴²⁹ Lafayette Rodrigues Pereira, *Direitos de família*, p. 48.

⁴³⁰ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 22.

⁴³¹ Idêntica obrigação resulta da procriação resultante de uma união estável (art. 1.724, parte final do CC/2002).

Destarte, mesmo a educação dos filhos não é finalidade do casamento, vinculada que está na relação de parentesco entre pais e filhos, sem qualquer ingerência da sua forma de constituição. Mesmo que casamento inexistia entre os genitores, esses deveres são-lhes impostos pela norma legal, ante o vínculo de paternidade/maternidade e filiação.

O artigo 1.511 do novo Código Civil, que descerra o livro do Direito de Família, entabula que “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”; ao assentar a plena comunhão de vida entre os cônjuges, infere-se que essa comunhão plena é pessoal e patrimonial.

A comunhão de vida pessoal fundamenta-se no afeto, carinho, respeito, verdadeiro amor recíproco que há de imperar entre os amantes – com acepção de pessoas que se amam –, com a conseqüente formação da família matrimonial.

Umbilicalmente ligada a esses preceitos afetivos, encontra-se a sedimentação da felicidade conjugal pelos cônjuges, como leciona Lafayette Rodrigues Pereira, em texto transcrito em linhas passadas, que se coaduna com a filosofia kantiana de que o ser humano racional tem como finalidade imanente a realização de sua felicidade; destarte, a felicidade pessoal e familiar está enraizada aos princípios amorosos e afetuosos inerentes ao relacionamento matrimonial.

Aliás, comenta Rodrigo da Cunha Pereira: “Casamento é mais que uma instituição religiosa e jurídica. Para a maior parte das pessoas, é um sonho de felicidade. Todos queremos estabelecer um laço conjugal e acreditamos que assim podemos selar nossa felicidade. Apesar das mudanças de valores, da revolução feminista, da separação Igreja/Estado (1891), o casamento continua sendo um ideal em que se depositam esperanças, sonhos de viver juntos para sempre.”⁴³²

Todos esses fatores interligam e complementam-se para conjugar um só desígnio, a plena comunhão de vida pessoal entre os cônjuges, em uma família constituída pelo matrimônio – a comunhão plena de vida familiar.

⁴³² Rodrigo da Cunha Pereira, A culpa no desenlace conjugal, p. 326.

Todavia, como anotado, essa comunhão envolve aspecto patrimonial também, tanto que o regime de bens no matrimônio, no silêncio das partes – o denominado de regime legal ou regime supletivo⁴³³, que vigorará independentemente da existência de pacto ou convenção – é o da comunhão parcial de bens (estatuído entre os arts. 1.658 e 1.666 do CC/2002); esclarece Rolf Madaleno que esse “é o regime oficial, tanto do Código Civil vigente, quanto do novo Código Civil. Nesse regime, formam-se três massas de bens: os bens do marido, os bens da mulher e os bens comuns”⁴³⁴. Efetivamente assim o é, pois, de modo geral, é um regime no qual há plena e total separação quanto ao patrimônio existente antes do enlace matrimonial, e de plena comunhão de bens (patrimonial), no que se refere ao constituído depois do casamento – salvante os bens que, mesmo adquiridos na constância do matrimônio, estejam excluídos por imposição legal (arts. 1.659 e 1.661); disciplina inclusive o artigo 1.663 que a administração desse patrimônio conjugal é regrada pelo sistema de co-gestão.⁴³⁵

A plena comunhão de vida, com efeito, dissipa-se pelas searas pessoais e patrimoniais; resumindo, é a comunhão plena de vida em família, consubstanciada em unidade de desígnios pessoais, patrimoniais e familiares, embasada em princípios afetivos para alcançar a incessante felicidade dos parceiros e de todos os componentes desse relacionamento.

Mas não é só, o sobredito artigo 1.511 prossegue ditando que a plena comunhão tem como base a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges; essa disposição completa-se principalmente pelos artigos 1.565 e 1.566, ambos da Lei Civil vigente, relacionados aos efeitos do casamento. O primeiro deles discorre que “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”, ou seja, ratifica a plena comunhão de vida, pessoal e patrimonial, de direitos e de deveres, exercidos mútua, recíproca e isonomicamente pelo esposo e pela esposa.

⁴³³ Luiz Edson Fachin explica: “Em certo sentido, procura-se evitar a expressão ‘regime legal’, como sinônimo de regime supletivo, porque há um regime legal que não é supletivo, mas sim imperativo.” (*Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*, p. 183).

⁴³⁴ Rolf Madaleno, *Do regime de bens entre os cônjuges*, p. 167.

⁴³⁵ Denise Willhelm Gonçalves, *Regime de bens no Código Civil brasileiro vigente*, p. 120. Nova redação pretende-se empreender ao artigo 1.659, mormente em seus incisos, pelo Projeto de Lei n. 6.960/2002.

O texto seguinte cuida dos deveres conjugais recíprocos, também em campo pessoal e patrimonial, a ser adimplido de modo idêntico pelos consortes, deveres que estão contidos nos incisos do sobredito artigo 1.566: fidelidade recíproca, vida em comum entre os cônjuges, mútuas assistência, respeito e considerações. Concorde-se que eles sejam finalidades do casamento, mas ouse-se dizer que são finalidades mediatas, reais efeitos e consequências do vínculo constituído; solidez e concreção da comunhão plena de vida.

Explica-se: como se explanou em tópicos acima, independentemente da origem do relacionamento entre os genitores (casamento ou união estável), a entidade que daí surge é familiar, é uma família; mesmo perdurando só o parentesco unilateral, há a família monoparental, isso para, neste instante, ater-se à família natural (consangüínea ou biológica).

Explanou-se, outrossim, que a família contemporânea – que é e sempre foi a célula mater da sociedade, sua base concreta, independente do modo de sua formação – constitui-se embasada no afeto, carinho, cumplicidade, respeito, enfim, é decorrência lógica do amor entre os seus instituidores e eventual descendência comum. Em assim sendo, fidelidade, vida comum, mútuas assistência, respeito e consideração, são “deveres” conjugais umbilicalmente ligados aos adjetivos mencionados, pois quem age com afetuosidade, tem amor e carinho pelo seu consorte, com ou sem obrigação legalmente imposta, satisfaz, ou ao menos tem a subjetiva intenção de satisfazer esses símbolos postos como “deveres matrimoniais”.

Com o casamento, visam os parceiros concretizar a comunhão plena de vida, em âmbito pessoal e patrimonial, no seio da família por eles constituída; esse ato constitutivo da nova família, no caso o matrimônio, nasce embasado em fatores afetivos – aqui diversas vezes narrados – sintetizados pelo amor recíproco; formada, pois, essa entidade familiar, os direitos e deveres recíprocos e igualitários entre os cônjuges surgem como solidificadores da referida comunhão de vida familiar, cuja finalidade inerente ao relacionamento humano é a felicidade de todos.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka focaliza essa relação amorosa com os seguintes dizeres: “(...) pessoas estas que passam a ter *coragem de admitir que se casam principalmente por amor, pelo amor e enquanto houver amor*. Porque só a família assim

constituída – independentemente da diversidade de sua gênese – pode ser mesmo aquele remanso de paz, ternura e respeito, lugar em que haverá, mais que em qualquer outro, para todos e para cada um de seus componentes, a enorme chance da realização de seus projetos de felicidade.”⁴³⁶ – destacou-se.

A propósito, utilizar-se-á a terminologia **AMOR** para sintetizar todos os caracteres elementares imanentes ao vínculo matrimonial, apostos na Lei Civil (art. 1.566, I, II, III e V) como “deveres” conjugais, a qual se depura da seguinte forma: **A** significa o Afeto, até aqui tão propalado e imprescindível, hodiernamente, na constituição da família, inclusive e mormente da conjugal – cuja fidelidade recíproca (inc. I), independente de imposição legal, está intimamente ligada à afeição, ao afeto, ao carinho recíprocos entre os cônjuges; **M** é a Mútua assistência (inc. III), a cumplicidade pessoal, patrimonial, moral e emocional entre marido e mulher, visando a felicidade de todos; **O** decorre da Ostentação do vínculo conjugal, donde a vida em comum (inc. II) é uma das caracterizações da ostentável publicidade inerente ao matrimônio; **R** é o Respeito e consideração mútuos (inc. V).

Com efeito, **AMOR!**

Essa a tônica de constituição do casamento contemporâneo.

A garantia do implemento dessas características é a satisfação, no âmbito matrimonial, do princípio da cidadania, sendo certo que a recíproca troca do afeto, carinho, e respeito entre os cônjuges tipifica o adimplemento, também na seara conjugal, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a fim de que todos sejam felizes no convívio familiar matrimonial.

Afirma-se que há uma simbiose entre os caracteres norteadores do vínculo matrimonial com os sobreditos deveres legais conjugais, todos com efetiva natureza exegética da relação conjugal constitutiva de uma família.

⁴³⁶ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Família e casamento em evolução, p. 17.

Assim sendo, celebrado o casamento, imediatamente desponta uma nova relação familiar, formada justamente por decorrência desse vínculo – família conjugal –, com plena comunhão de vida (pessoal e patrimonial) entre o homem e a mulher; e, outrossim, mediatamente, a assunção pelos cônjuges de compromissos subjetivos recíprocos e isonômicos consagrados, materializados e decorrentes do amor, que é a base sólida de sustentação formativa do matrimônio e da comunhão plena de vida, com o fito de eterna felicidade entre os parceiros.

O amor é o alicerce que garante a vinculação afetiva matrimonial, cuja celebração, legalmente, constitui imediatamente uma nova família, com a comunhão plena de vida, decorrendo disso, mediatamente, na condição de estabilizador, os intitulados direitos e deveres recíprocos do casamento – estes solidificados e decorrentes do vínculo amoroso e afetivo entre os cônjuges, razão da própria constituição do casamento.

Essas sim as efetivas e precípuas finalidades, imediatas e mediatas do matrimônio.

Assegura Paulo Lins e Silva que “no contrato dito *sui generis* do casamento, a natureza jurídica é altamente sublime, não envolvendo entre as partes aspectos materiais, mas tão-somente aspectos amorosos, afetivos, carinhosos, visando à criação de uma família, de um núcleo, de uma espécie de casulo fechado, no qual se comunicam somente as partes afetivamente envolvidas, seus ascendentes, descendentes e colaterais”.⁴³⁷

Sílvio Luís Ferreira da Rocha argumenta que “o fim do casamento não pode ser resumido à constituição da família; ele visa realizar a felicidade humana entre duas pessoas”⁴³⁸. Diz-se, com efeito, que a finalidade primária e imediata do casamento é a constituição de uma família, com plena comunhão de vida feliz entre o homem e a mulher, donde as outras qualificações matrimoniais são decorrências e solidificações inerentes ao elemento de formação dessa entidade familiar, seja qual for a sua origem.

⁴³⁷ Paulo Lins e Silva, O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens, p. 354-355.

⁴³⁸ Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Introdução ao direito de família*, p. 31. Felicidade, aliás, como visto, interligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois o casamento transformou-se “(...) em instrumento de felicidade e promoção da dignidade de cada um de seus membros” (Patrícia Pimentel de Oliveira, Da possibilidade de indenização entre cônjuges por dano à honra, p. 344).

Celebrado o matrimônio, sua consequência imediata é a constituição de uma família, plenamente comunitária e feliz, que é justamente a finalidade básica do casamento, enquanto o mais são qualidades relacionadas ao sadio convívio familiar; todavia, para a celebração do casamento, existem elementos subjetivos essenciais que traduzem a intenção dos parceiros conjugais, sintetizados no **AMOR**, cujo desmembramento é o afeto, carinho, cumplicidade, respeito, bases hodiernas do vínculo matrimonial.

Por isso merece lembrança a seguinte narrativa: “Qualquer definição que resgatar o vínculo jurídico entre homem e mulher com vistas a uma plena comunidade de vida, é válida e sustentável.”⁴³⁹

Em face desses argumentos, define-se o casamento como a união civil, ou religiosa com efeitos civis, entre um homem e uma mulher, por livres e espontâneas vontades, solenemente expressadas perante a autoridade competente para celebrá-la, fundamentada no recíproco amor e com a finalidade de constituir uma família, com plena comunhão de vida em felicidade.

Cumpridos esses elementos basilares, tipificado estará o vínculo matrimonial, com a satisfação de todos os vetores imprescindíveis para a interpretação dessa relação familiar, inclusive dos fundamentos de cidadania e dignidade da pessoa humana.

4.2 Natureza jurídica

Discorrer sobre casamento implica na inexorável passagem pelo debate da sua natureza jurídica, a qual, como é cediço, traduz controvertidas opiniões doutrinárias, destacando-se tradicionalmente três correntes, assim resumidas: a contratual, a institucional e a mista ou eclética, as quais serão agora objeto de análise.

A *teoria clássica, contratual ou individualista* afirma que o casamento é um contrato, ante a imprescindível manifestação de vontade dos nubentes para que o ato nupcial possa ser celebrado. Essa posição, aliás, está expressamente acolhida pelo direito

⁴³⁹ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 48.

português, consoante se infere do sobredito artigo 1.577º, o qual, ao definir o matrimônio, afirma ser ele um contrato.⁴⁴⁰

Antunes Varela referenda a natureza contratual do casamento e afirma que assim o é porque o Estado, ao intervir na celebração, comparece não como parte da relação jurídica, e sim “sendo puramente ‘testemunhal’ e ‘proclamatória’ a intervenção do oficial público na sua realização”, confirmando ainda que “não deixa o casamento de ser um contrato, na medida em que os nubentes decidem ‘livremente’ casar e ‘casar’ um com o outro, aceitando consequentemente todos os efeitos legais do matrimônio (art. 1618º, 1). E não se esqueça a mais ampla liberdade de fixação do ‘conteúdo’ pessoal do casamento que a lei passou a conceder aos nubentes, acabando com o modelo clássico (casamento da mulher dona-de-casa) das relações pessoais e patrimoniais entre marido e mulher anteriormente estabelecido.”⁴⁴¹

Essa tradicional teoria encontrava ressonância na própria Igreja Católica, como se infere da concepção matrimonial externada pelo Concílio de Trento, acima anotada.

No Brasil, Virgílio de Sá Pereira defende-a com veemência, nos seguintes termos: “A natureza não conhece o casamento, só conhece a família. Há convenções sociais a que devemos o mais religioso respeito e o casamento é uma delas. Ele pode ser encarado como união natural, como sacramento e como contrato. Em tese, cada uma dessas concepções repele as outras. (...) Nós só conhecemos o casamento contrato.”⁴⁴²

Áurea Pimentel Pereira assume esse posicionamento, dizendo que “é indisputável, portanto, que o casamento é um contrato”⁴⁴³. Assim também os pensamentos de Carlos Alberto Bittar⁴⁴⁴ e Orlando Gomes, que afirmava: “A necessidade de adesão ao estatuto

⁴⁴⁰ Merece, desde logo, menção a concepção externada por Paulo Lins e Silva, afirmando a natureza contratual do casamento, todavia, como verdadeiro contrato de adesão, enfocando que, “sob o prisma do Direito de Família, a regra é ditada subjetivamente pelo Estado que estabelece previamente em que condições aceita sacramentar a vontade das partes no ato jurídico casamento. Sendo o Estado representado pelo organismo (juiz de paz ou togado), condição essencial para a validade do ato jurídico, no momento em que as partes estão expressando suas vontades diante de tal autoridade, elas assinam concordando com as cláusulas rígidas e indiscutíveis rezadas antecipadamente pelo ordenamento jurídico emanado pelo Estado” (O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens, p. 357-358).

⁴⁴¹ João de Matos Antunes Varela, *Direito da família*, p. 126-128.

⁴⁴² Virgílio de Sá Pereira, *Direito de família*, p. 8.

⁴⁴³ Áurea Pimentel Pereira, *A nova constituição e o direito de família*, p. 28.

⁴⁴⁴ Carlos Alberto Bittar, *Direito de família*, p. 68-69.

legal não elimina a base voluntarista do casamento. O que imprime a um ato ‘natureza contratual’ não é a livre determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua formação por acordo livre e espontâneo de vontades”; essa doutrina é seguida por Humberto Theodoro Júnior, ao atualizar a obra desse autor baiano, que complementa: “Ao prever o direito dos cônjuges de romper o vínculo matrimonial por ato de vontade (divórcio consensual) e por perda da *affectio maritalis* (separação de fato de mais de dois anos), a Constituição de 1988 fortaleceu a teoria contratualista do casamento (art. 226, § 6º).”⁴⁴⁵

Os críticos da teoria contratual afirmam que o casamento não se desfaz por mera manifestação de vontade dos cônjuges; obrigatoriamente, há a intervenção do Poder Público para, caso satisfeitos os requisitos legais, referendar a vontade dos separandos e, com isso, terminar com a validade jurídica do matrimônio; se fosse um contrato, bastaria o distrato entre as partes envolvidas, ou seja, marido e mulher só descontratavam-se e o casamento estaria extinto, o que não ocorre.

Sílvia Luís Ferreira da Rocha acrescenta a diminuta liberdade dos contraentes na estipulação de regras convencionais no casamento e a ausência de aspecto patrimonial nessas convenções, como críticas formuladas à teoria clássica, as quais releva, ao defender a autonomia da vontade no ato matrimonial, porquanto, “hoje existem contratos obrigacionais cujo conteúdo é predeterminado por normas de ordem pública e a patrimonialidade está presente na relação matrimonial, embora não seja o aspecto mais importante nessa relação”.⁴⁴⁶

Ao acolherem essa teoria, José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz fazem-no com fulcro na autonomia privada, pois concebem a plena e total liberdade dos cônjuges de convolarem núpcias se e com quem tiverem interesse, mas acrescentam que “o casamento é, portanto, negócio jurídico bilateral. Não utilizaremos, para qualificar o casamento, a expressão ‘contrato’ pela circunstância de que, no Brasil, a palavra ‘contrato’ tem, de regra, aplicação restrita aos negócios patrimoniais e, dentre eles, aos negócios jurídicos bilaterais de Direito das Obrigações”.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 60.

⁴⁴⁶ Sílvia Luís Ferreira da Rocha, *Introdução ao direito de família*, p. 24-25.

⁴⁴⁷ José Lamartine Corrêa de Oliveira; Francisco José Ferreira Muniz, *Curso de direito de família*, p. 129.

Camilo de Lelis Colani Barbosa, após discorrer sobre cada qual das mencionadas teorias, conclui: “Para nós, não se trata de mera discussão acadêmica debater a natureza jurídica do casamento; seu estudo revela a condição social, refletindo a tendência histórica adotada pelo direito de um determinado país e determinada época, daí poder-se dizer que casamento não é um contrato, mas ‘está contrato’. (...) Em outras palavras, atualmente, o casamento, devido à liberdade contratual conferida aos nubentes, inclusive no que concerne à sua dissolução pela separação e divórcio, possui hoje características que o aproximam mais de contrato, do que de instituição.”⁴⁴⁸

Em outro momento, Camilo de Lelis Colani Barbosa reafirma sua tese e acrescenta: “Como comparação histórica é possível afirmar, por outro lado, que até o advento da lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), o casamento ‘esteve instituição’, posto que a sua dissolução somente seria possível pela morte, pela sua anulação ou pela declaração de sua nulidade.”⁴⁴⁹

A outra teoria é a que considera o casamento uma instituição, denominada, pois, de *teoria institucional* ou *supra-individualista*, cuja referência é, justamente, a necessária intervenção do Poder Público para a celebração do matrimônio, donde a única manifestação dos nubentes resulta na inexistência do ato jurídico, e, ainda, para que seja desfeito o ato, novamente imprescindível é a intervenção estatal, sendo a vontade dos cônjuges um primeiro requisito a ser inquirido, mas não essencial para o término do casamento.

Para adotar essa teoria, ponderava Lafayette Rodrigues Pereira que “instituição da maior importância pela magnitude e extensão de seus efeitos na vida social, o casamento entra naturalmente na esfera do Direito Civil”, no que é referendado por Ricardo Rodrigues Gama, que atualizou sua obra.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Camilo de Lelis Colani Barbosa, *O casamento no novo Código Civil brasileiro*, p. 75.

⁴⁴⁹ Camilo de Lelis Colani Barbosa, *Direito de família: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002*, p. 19.

⁴⁵⁰ Lafayette Rodrigues Pereira, *Direitos de família*, p. 49. Anota o atualizador: “O casamento não deve mesmo ser considerado uma espécie de contrato, como coloca Lafayette. (...) Durante o casamento e no ato de sua dissolução, menor importância tem a vontade dos cônjuges, pois quase todas as questões reclamam atuação judicial, daí ser mais consistente a classificação do casamento como instituição.” (Ibidem, mesma página).

Washington de Barros Monteiro é defensor da concepção institucional do casamento⁴⁵¹, como também o é Maria Helena Diniz, que assim se pronuncia: “Por ser o matrimônio a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos à teoria institucionalista, que o considera como uma ‘instituição social’.”⁴⁵²

Arnoldo Wald adere à teoria institucional, com total desconsideração da contratualista⁴⁵³, como enfatiza Rubens Limongi França: “(...) o casamento aparece como ‘uma instituição, com caracteres próprios, que nasce de um ato jurídico de feição complexa’.”⁴⁵⁴

Guillermo A. Borda referenda a instituição matrimonial e argumenta: “*Además, es indubablemente falso concebir al matrimonio nada más que como un vínculo jurídico: obedece a profundos instintos humanos, está impregnado de ideas morales y religiosas; (...) El matrimonio se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad; es, en fin, una ‘institución’.*”⁴⁵⁵

Até mesmo Hans Kelsen, na descrição de sua teoria pura, concebia o matrimônio como uma verídica instituição, afirmando: “A relação jurídica matrimonial, por exemplo, não é um complexo de relações sexuais e económicas entre dois indivíduos de sexo diferente que, através do Direito, apenas recebem uma forma específica. Sem uma ordem jurídica não existe algo como um casamento. O casamento como relação jurídica é um instituto jurídico, o que quer dizer: um complexo de deveres jurídicos e direitos subjectivos no sentido técnico específico, o que, por sua vez, significa: um complexo de normas jurídicas.”⁴⁵⁶

A terceira é a *teoria mista* ou *eclética*, a qual considera o casamento um negócio jurídico em sua formação e conseqüente celebração, todavia, verdadeira instituição, no que

⁴⁵¹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 23.

⁴⁵² Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, p. 44.

⁴⁵³ Arnoldo Wald, *O novo direito de família*, p. 56.

⁴⁵⁴ Rubens Limongi França, *Instituições de direito civil*, p. 225.

⁴⁵⁵ Guillermo A. Borda, *Manual de derecho de familia*, p. 36-37.

⁴⁵⁶ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 236.

tange aos seus efeitos jurídicos; destarte, o matrimônio é um complexo de contrato (negócio jurídico) e instituição, não só um, nem somente a outra.

Pode-se afirmar que se concentram nessa teoria os adeptos do casamento como ato complexo, como os que consideram o casamento uma variação de sua concepção contratual, ou seja, de que o casamento é sim um contrato, todavia, um contrato especial, *sui generis*, ou seja, um contrato específico do direito de família.

Sílvia Rodrigues, ao defender essa teoria, sufraga seu pensar com os seguintes ensinamentos: “Note-se que o casamento não se ultima nem se aperfeiçoa apenas pela conjunção da vontade dos nubentes. O oficial público, que preside a cerimônia do casamento, não se contenta em autenticar a vontade dos cônjuges, como o notário perante quem se processa uma escritura. Aquele celebra o casamento, recorrendo a uma fórmula consignada na lei. (...) Portanto, trata-se de instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei. Daí a razão pela qual, usando de uma expressão já difundida, chamei ao casamento ‘contrato de direito de família’, almejando, com essa expressão, diferenciar o contrato de casamento dos outros contratos de direito privado. Como tal instituição interessa estreitamente ao Estado, é ela regida por normas cogentes; com efeito, o casamento é disciplinado por regras estritas, iniludíveis por acordo recíproco. Realmente, uma vez efetuado o casamento, dele decorrem efeitos necessários, que a vontade das partes não pode afastar”. E conclui: “o casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, o qual, porém, se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do Estado. Não há inconveniente, dada a peculiaridade do fenômeno, de chamar ao casamento ‘contrato de direito de família’.”⁴⁵⁷

Nessa lição é que se assenta a sobredita concentração e verdadeira coexistência dos doutrinadores partidários do casamento como ato ou contrato complexo e dos do contrato especial, porquanto, Sílvia Rodrigues ao admiti-lo, “(...) sem dúvida, de ato complexo, em que se une o elemento volitivo ao elemento institucional”⁴⁵⁸, sumaria, chamando-o de contrato de direito de família.

⁴⁵⁷ Sílvia Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 20-22.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, v. 6, p. 20.

Com efeito, narrar-se-ão as opiniões que afirmam a complexidade do ato matrimonial, como as que o tratam como contrato *sui generis* e suas sinónimas.

Pela natureza de *contrato especial* ou *contrato de direito de família*, pronuncia-se Caio Mário da Silva Pereira, sob o fundamento a seguir: “O que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio, é que se trata de um ‘contrato especial’, dotado de conseqüências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou ‘contratos de Direito de Família’, em razão das relações específicas por ele criadas.”⁴⁵⁹

Pontes de Miranda, ao que se depreende, acolhia essa tese, haja vista que definia o casamento como “o contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”.⁴⁶⁰

Regina Beatriz Tavares da Silva, ao atualizar a obra jurídica de Washington de Barros Monteiro, afirma que, no seu entender, o casamento realmente tem a natureza de contrato de direito de família, discordando, pois, da originária redação que atualiza, consoante o Código Civil de 2002.⁴⁶¹

Antonio Chaves referenda o casamento como “um contrato de natureza familiar”.⁴⁶²

Afirmava Clóvis Beviláqua que “o casamento é um contracto”; complementava, contudo, esclarecendo: “Não se confunde com os outros contractos, por seu objecto, por seus fins, por sua natureza social, que domina o arbitrio dos individuos: mas é o resultado do accôrdo de duas vontades, que, livremente, concorrem para a criação de direitos e deveres reciprocos, direitos e deveres em relação á prole, direitos e deveres para com a sociedade”⁴⁶³. Destarte, para Clóvis Beviláqua o casamento era um contrato, todavia não um contrato comum, mas sim especial.

⁴⁵⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: direito de família*, v. 5, p. 58.

⁴⁶⁰ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: direito de personalidade, direito de família, direito matrimonial...*, v. 7, p. 210.

⁴⁶¹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 25.

⁴⁶² Antonio Chaves, *Tratado de direito civil: direito de família*, v. 5, t. 1, p. 66.

⁴⁶³ Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 518.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que o casamento é um contrato bilateral e solene e, expressamente, acrescentam especialíssimo.⁴⁶⁴

Posição assumida por Carvalho Santos⁴⁶⁵, Eduardo Espínola⁴⁶⁶ e Inácio de Carvalho Neto, o qual aduz que “o casamento não se conclui nem se aperfeiçoa apenas pela vontade dos noivos. (...) Ademais, afora o elemento contratual (a vontade das partes), no casamento também impera a participação do Estado. Daí não se poder equipará-lo a um contrato qualquer. Tem-se, portanto, o casamento como um misto entre contrato e instituição”.⁴⁶⁷

Adota a teoria do ato complexo Sílvio de Salvo Venosa, afirmando que “o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”.⁴⁶⁸

Idêntica posição é acolhida por Eduardo de Oliveira Leite: “Claro está que a mera consideração dos dois momentos no casamento é bastante para legitimar a natureza híbrida do casamento – o casamento é contrato na sua formação (porque se origina do acordo de vontades) – e também é instituição na sua duração (pela atuação do Estado e pelo caráter inalterável de seus efeitos).”⁴⁶⁹

Pela mera leitura das doutrinas percorridas, deduz-se a fácil e simples, mas igualmente penosa e árdua, tarefa assumida por um neófito estudioso do direito para aderir a uma das teorias que vise responder qual é a natureza jurídica do casamento, porquanto sufragará as posições lecionadas por juristas de eminentes e indiscutíveis reputações, entretanto, ao mesmo tempo, contrariará balizadas lições exteriorizadas por tantos outros doutrinadores de renomada, como sintetizou Eduardo Espínola: “Os vários aspectos do problema autorizam as divergências dos mais conceituados doutrinadores.”⁴⁷⁰

⁴⁶⁴ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*: atualizado até 15.03.2002, p. 514.

⁴⁶⁵ João Manuel de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 4, p. 10-12.

⁴⁶⁶ Eduardo Espínola, *A família no direito civil brasileiro*, p. 48.

⁴⁶⁷ Inácio de Carvalho Neto, *Separação e divórcio*: teoria e prática, p. 32.

⁴⁶⁸ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*: direito de família, v. 6, p. 41.

⁴⁶⁹ Eduardo de Oliveira Leite *Direito civil aplicado*: direito de família, v. 5, p. 50.

⁴⁷⁰ Eduardo Espínola, ob. cit., p. 48.

Furtar-se à assunção de um posicionamento, apesar dessas fundamentadas teorizações, não é de bom alvitre, ao contrário, é o risco assumido por quem se dispõe a enveredar por caminhos repletos de abalizadas doutrinas; de antemão, pode-se concluir que qualquer posição que se adote estará corroborada por *experts* juristas, do passado e contemporâneos; em contrapartida, no pólo oposto estará outra gama de doutrinadores, igualmente, renomados, tradicionais e de épocas pretérita e presente.

Efetivamente, o casamento é um ato jurídico, em sentido amplo, que exige a participação de dois sujeitos, um homem e uma mulher, os quais haverão de manifestar suas respectivas vontades para a contração do matrimônio; todavia, indaga-se: presentes esses requisitos (diversidade de sexos e manifestação de vontades) haverá casamento? A resposta é negativa, uma vez que, expressamente, exige a Lei Civil – que é a regra basilar desse ato – a intervenção do Poder Público, por intermédio do juiz de casamento, que haverá de convolar essas vontades em matrimônio, apresentando-se, pois, como ato essencial. Anota, aliás, Paulo do Amaral Souza: “Não basta, portanto, a declaração de vontade dos contraentes, mesmo porque podem arrepender-se ou sofrer oposição de impedimento.”⁴⁷¹

Por outro lado, satisfeito o requisito de sexos opostos e a celebração do ato pela autoridade nupcial, sem que houvesse a exteriorização da vontade dos nubentes, também não se pode falar na existência de casamento, pois ausente está outro pressuposto indispensável, que é a manifestação positiva do casal. Destarte, essa é igualmente etapa essencial do ato conjugal.

Em contrapartida, para que o casamento seja dissolvido – questão que será só *en passant* referida, neste momento, exige a norma jurídica a manifestação de vontade dos nubentes e a intervenção novamente do Estado, agora pela decisão a ser proferida pelo Poder Judiciário. Com efeito, a vontade dos cônjuges é insuficiente para, por si só, resolver o casamento, que não se desfaz por mero “distrato”.

⁴⁷¹ Paulo do Amaral Souza, O direito de família e das sucessões face ao novo Código Civil: principais alterações, p. 175.

Para a constituição, como para dissolução do matrimônio, a Lei Civil exige as manifestações de vontade do homem e da mulher e, outrossim, a intervenção do Poder Público, para que o ato esteja em condições de produzir efeitos legais de casamento.

Essas consequências legais do ato nupcial são fixadas pela mesma legislação civil, donde a autonomia de vontade dos nubentes cinge-se em dizer “sim”, para contrair o casamento, e estipular, quando possível, as regras patrimoniais do enlace, com a celebração do pacto antenupcial para o regime de bens.

Em face dessas descrições, ousa-se afirmar que o *casamento possui natureza jurídica complexa, sendo um típico contrato de direito de família*, porquanto o trato consensual de vontades externado pelo homem e pela mulher é requisito essencial, todavia insuficiente para a constituição do ato jurídico, o qual exige um *plus*, qual seja, a intervenção estatal pelo juiz de casamento, que convolará essas vontades em efetivo matrimônio, cujos efeitos jurídicos advindos desse ato estão previamente descritos na norma civil positiva.

Todo esse proceder está delineado no artigo 1.514 do Código Civil de 2002, o qual será oportunamente retratado.

4.3 Igualdade entre os cônjuges

O artigo 1.511 do Código Civil de 2002, que inaugura o Livro de Direito de Família e, portanto, o capítulo Do Casamento, prevê expressamente: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Essa disciplina é inovadora na codificação ordinária brasileira, pois na de 1916 prevalecia a posição marital, nada obstante os arrefecimentos que essa autoridade hierárquica sofreu com o passar dos tempos, sobretudo com a edição do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, até a promulgação da Carta Magna, em 1988.

Esse dispositivo codificado nada mais é do que a adequação da lei ordinária à determinação constitucional consubstanciada no artigo 226, parágrafo 5º da Constituição da República de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Destarte, o legislador constituinte foi claro e expressivo ao determinar que o esposo e a esposa, na sociedade conjugal, têm os mesmos direitos e as mesmíssimas obrigações, fato que foi amparado pelo ordinário.

O artigo 5º, inciso I da mesma Carta republicana estatui que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, podendo gerar uma interpretação que resultasse na despicienda disposição alusiva à sociedade conjugal; todavia, como leciona Sérgio Gischkow Pereira, “(...) cumpre assinalar não se está diante de regra radicalmente ampla e irrestrita de igualdade, como sucede com o artigo 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal; a norma de igualdade é específica, com endereço certo, bem discriminado: artigo 226, parágrafo 5º daquela Carta, explicitando e impondo uma igualdade concreta dentro do casamento”⁴⁷², ou seja, o artigo 5º em apreço determina, em seu inciso I, genericamente, a isonomia de entre os direitos e deveres de todo e qualquer homem e mulher, enquanto o artigo 226, parágrafo 5º referenda, reforça e complementa que, na sociedade conjugal, os direitos e obrigações entre os cônjuges são idênticos, inclusive o seu próprio exercício.

Destarte, têm eles os mesmos direitos e obrigações, devendo exercê-los com a mesma igualdade, no que tange ao matrimônio, com a ressalva imprescindível externada por José Afonso da Silva, em comentário a esses ditames: “Só valem as discriminações feitas pela própria Constituição e sempre em favor da mulher, como, por exemplo, a aposentadoria da mulher com menor tempo de serviço e de idade que o homem (arts. 40, III, 202, I a III)”⁴⁷³. Complementa Francisco José Ferreira Muniz: “No contexto da sociedade brasileira, a adoção de diferenças de tratamento em favor da mulher, que traduz discriminações positivas, encontra justificativa razoável nos fatos: tem por finalidade *compensar desigualdades de fato*. A obrigação de diferenciação é uma dimensão do conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade cuja finalidade é suprir, em

⁴⁷² Sérgio Gischkow Pereira, *Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges*, p. 120.

⁴⁷³ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 220-221.

importantes domínios da vida social, desigualdades fáticas de natureza econômica, educacional, política e cultural.”⁴⁷⁴ –grifos no original.

A isonomia entre os cônjuges no matrimônio brasileiro é precisa, clara e evidente, sem qualquer privilégio a quaisquer deles, salvantes as eventualmente contidas em seara constitucional, umbilicalmente ligadas à natureza física e psíquica da mulher, verdadeiras diferenciações compensatórias.

A garantia dessa igualdade matrimonial estabelecida denota a observância pelo legislador dos fundamentos constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana pois, além de garantir direitos e correlatas obrigações aos cônjuges, protegeu-lhes com a plena e total isonomia; com efeito, observados foram os mandamentos insculpidos na Lei Maior, garantindo-lhe valoração de “(...) princípio normativo fundamental no direito de família”.⁴⁷⁵

O descrito artigo 1.511, com efeito, em âmbito infraconstitucional, consolidou as igualdades constitucionalmente impostas.

Essa igualdade de direitos e deveres, como isonômicos são os seus exercícios na sociedade conjugal, está reprisado no artigo 1.565 do mesmo Códex, ao tratar da eficácia do casamento, no teor a seguir: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.”

Verifica-se pela confluência dos descritos artigos da Lei Civil que, afora a observância dos mencionados princípios constitucionais fundamentais, estão incorporados os elementos norteadores constitutivos do vínculo familiar, quais sejam o afeto, o carinho, a cumplicidade e o respeito mútuos, como se depreendem das frases: “comunhão plena de vida” e “mutuamente (...) consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Em sequência a esses dispositivos, estatui o artigo 1.566 as recíprocas obrigações conjugais, no seguintes termos: “I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio

⁴⁷⁴ Francisco José Ferreira Muniz, *A família na evolução do direito brasileiro*, p. 80-81.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 79.

conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.”

Consoante explicitado, tirante o inciso IV, intimamente vinculado ao exercício do poder familiar, decorrência do grau de parentesco existente entre pai/mãe e filho – isto é, a base legal de sua sustentação é a paternidade/maternidade e filiação, independente da origem fática desta –, os demais deveres ligam-se umbilicalmente ao afeto, respeito, ou seja, ao amor que há de reinar entre os cônjuges, motivador contemporâneo que é do estabelecimento do matrimônio, sendo esses parâmetros suas finalidades mediadas.

Em comentários a esses regramentos, Luiz Edson Fachin afirma: “Procurando espelhar o sentido da comunhão de vida, o Código Civil brasileiro elencou os direitos e deveres dos cônjuges, seguindo o modelo revisto e superado pelo texto constitucional de 1988. Neste, mudanças e perspectivas emergiram com a adoção da ‘lei da igualdade’, marido e mulher são iguais numa dimensão ética da pessoa, o que por certo, não elimina diferenças que dão substrato ao próprio sentido da igualdade substancial.”⁴⁷⁶

Eduardo de Oliveira Leite referenda com a seguinte narrativa: “Hoje, mais do que nunca, a intenção de viverem juntos, como marido e mulher, o amor e o companheirismo são as finalidades fundamentais determinadoras de uma comunhão de vida. (...) *O amor*: que independe da mera atração sexual e encontra sua manifestação mais veemente na afeição, solidariedade, cumplicidade, atração mútua e afinidades pessoais; *o companheirismo*: calcado num projeto comum, capaz de atender e satisfazer ideais e interesses comuns.”⁴⁷⁷ (destacado no original).

Com efeito, a base de sustentação do relacionamento em família conjugal é o amor – afeto, carinho, cumplicidade, respeito –, atualmente inerente ao convívio satisfatório e prazeroso entre marido e mulher, enquanto os direitos e deveres que surgem da constituição desse vínculo, garantidos e exercidos sob o império do princípio isonômico, correspondem a uma adequada correlação entre os sobreditos elementos vetores de todo o sistema da convivência familiar, os quais merecem ser preservados.

⁴⁷⁶ Luiz Edson Fachin, *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro, p. 175.

⁴⁷⁷ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado*: direito de família, v. 5, p. 51.

Os sucessivos textos legais explicitam a aplicabilidade desses direitos e deveres conjugais, consoante o princípio da igualdade aqui retratado, pois “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos” (art. 1.567, *caput* do CC/2002), sendo certo que, em caso de divergência das posições assumidas, a solução do conflito será judicial (art. 1.567, parágrafo único); a manutenção da família, inclusive de todos os predicados inerentes a essa manutenção (alimentos, educação, vestuário, saúde, etc.), é atribuição proporcional aos bens e rendimentos do marido e de sua esposa (art. 1.568 do CC/2002); e, outrossim, a eleição do domicílio conjugal será realizada pelos cônjuges (art. 1.569 do CC/2002).

Por tudo isso, leciona Eduardo de Oliveira Leite que “(...) nenhuma dúvida paira sobre a intenção do legislador quanto à igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher; são iguais, são simétricas e inadmitem qualquer exegese restritiva no que tange à igualdade”.⁴⁷⁸

A isonomia entre esposo e esposa na sociedade conjugal, como no exercício dos direitos dela advindos, garantida em âmbito constitucional, está explicitada nos textos infraconstitucionais, mormente nos do Código Civil de 2002, e, ainda que assim não estivesse, haveria de ser interpretado consoante essa disciplina igualitária, pena de ser extirpado do sistema legislativo brasileiro por patente inconstitucionalidade.

Extraí-se desses dispositivos, afora a assunção do amor e afeto, e seus elementos correlatos, como base de sustentação e hermenêutica das relações familiares hodiernas, dentre as quais a conjugal, a explícita garantia de observância aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, porquanto, além da concessão de direitos e suas respectivas obrigações aos cônjuges – em plena igualdade de condições, ressalte-se – são eles concedidos com preservação de uma vida conjugal digna entre marido e mulher, partícipes iniciais, fundamentais e imprescindíveis para a constituição da relação familiar matrimonial ou conjugal.

Garantidos estão, com efeito, os parâmetros para a preservação digna de mais essa espécie de família.

⁴⁷⁸ Eduardo de Oliveira Leite, Os sete pecados capitais do novo direito de família, p. 68.

4.4 O casamento civil e o religioso

A Constituição da República estabelece, no seu artigo 226, parágrafo 1º, que “o casamento é civil e gratuita a celebração”, e o parágrafo seguinte complementa que “o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”, isto é, no Brasil, casamento válido e eficaz é o civil, todavia faculta-se que o casamento religioso produza efeitos de casamento civil, dès que satisfeitos os requisitos estatuídos na Lei.⁴⁷⁹

O artigo 1.512 do Código Civil de 2002 reprisa *ipsis litteris* o descrito artigo 226, parágrafo 1º da Constituição⁴⁸⁰, enquanto o artigo 1.515 desse Código regra o seguinte: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração”⁴⁸¹. Assim sendo, casamento legalmente é o civil, tirante o

⁴⁷⁹ Orlando Gomes ilustra: “Três tipos de casamento são, entre nós, adotados: o ‘civil’, o ‘religioso com efeitos civis’ e o ‘religioso sem efeitos civis’. O último não é reconhecido pelo Estado, ficando equiparado ao ‘concubinato’.” (*Direito de família*, p. 63).

⁴⁸⁰ Estatui o parágrafo único do sobredito artigo 1.512: “A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei”; com efeito, para as pessoas cuja pobreza não for declarada, esses atos serão subsidiados pelos próprios nubentes, salvo a celebração, no próprio Cartório, que será gratuita. Tramitam na Câmara dos Deputados projetos de lei que visam disciplinar a gratuidade da habilitação e da celebração do matrimônio (Projetos ns. 3.350/2000, 1.257/2003 e 1.578/2003).

⁴⁸¹ Leciona Camilo de Lelis Colani Barbosa: “Em decorrência principalmente da tradição religiosa do povo brasileiro, marcadamente católico, e ainda, do fato de a religião católica ter sido religião oficial até o advento da República, mais precisamente até a Constituição Federal de 1891, é que herdamos hábito de realização de dois atos que estabelecem o matrimônio. Um civil, casamento em si, reconhecido pelo Estado, e outro, religioso, muitas vezes de importância social tão grande quanto o primeiro” (*Direito de família: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002*, p. 45). Na prática, em verdade, é o que se nota, a opção por duas cerimônias – a civil e a religiosa –, conquanto fosse possível a celebração só da religiosa produzindo também efeitos civis. O que é marcante, outrossim, e não demanda maiores esforços de constatação, é que as testemunhas em geral, os convidados para as cerimônias, participam ativamente da religiosa, com preparo do vestuário e ornamentações, e, durante o ato, com respeito, concentração e o silêncio que o templo exige; todavia, quando da celebração civil, pouca atenção a ela é dispensada, raras pessoas, afora os noivos, genitores e padrinhos, apercebem-se de sua realização. Ratifica Sérgio Resende de Barros: “O casamento civil convive com o religioso, que a maioria considera o verdadeiro casamento, merecedor de comemoração.” (*Matrimônio e patrimônio*, p. 8). Aliás, em recente reportagem sobre o casamento, Luciana Garbin esclarece: “Alimentado por um mercado que não pára de crescer e pela recuperação de rituais que pareciam fadados ao extermínio, casar na igreja virou moda de novo. Um sinal são números divulgados este mês pela Cúria Metropolitana de São Paulo. Depois de seis anos em queda na cidade, a quantidade de casamentos voltou a subir no ano passado: de 11.227 em 2002, passou para 11.361. ‘Viraram eventos, que variam de acordo com os gostos e os bolsos’, analisa a estilista Flávia Galli. (...) ‘Se houve um aumento dos casamentos na Igreja, ele certamente não foi significativo, a ponto de dizer que se tenha invertido uma tendência de queda’, alerta o cônego Antônio Aparecido Pereira. ‘Por outro lado, é inegável que o peso da crise econômica, que impede as pessoas de realizarem pequenos ou grandes sonhos, faz com que busquem o sagrado.’ (Casar está na moda. Com muita festa, p. 1-2).

religioso, ao qual se conceda efeitos civis, pois, o mero casamento religioso – sem efeitos civis – pode até ser considerado uma união estável, mas não casamento.⁴⁸²

Esses dispositivos são essenciais para o desenrolar do discurso aqui empreendido, uma vez que fixam efetivamente como e quando se constitui o vínculo matrimonial, a união civil ou religiosa com efeitos civil e, por tal concepção, a formação da entidade familiar originária desse enlace legítimo; é justamente pela análise desses dispositivos legais que se concluirá qual a relação conjugal que poderá ser legalmente considerada casamento e, portanto, dele decorrer uma nova família.

Conquanto se tenha, por algumas narrativas acima, mencionado a existência do casamento civil e do casamento religioso com efeitos civil, este é o tempo adequado para se fazer um parêntese, com o escopo de coligir o *escorço histórico legislativo* transcorrido pela instituição matrimonial, pois nem sempre reinaram pacificamente essas formas de concepção, pois em épocas passadas o casamento foi unicamente o religioso e, ao depois, somente o civil, com a convivência hodierna instituída pela e desde a Constituição Federal de 1934.

Na fase imperial, reinava soberano no Brasil o casamento exclusivamente religioso, e mais, o casamento católico, porquanto, pelo Decreto de 3 de novembro de 1827, concedeu-se vigência neste território do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispo da Bahia, que regulamentavam as regras matrimoniais católicas⁴⁸³. Esclarece

⁴⁸² Carlos Alberto Bittar esclarece que “(...) não havendo o registro, essencial para a sua qualificação, não se pode falar em casamento, sob o aspecto jurídico, havendo mera união livre, ou concubinária, mesmo se observados os requisitos e os impedimentos na celebração religiosa. Não constitui o matrimônio religioso, ademais, impedimento para casamento e não há ação civil para anular os efeitos próprios desse relacionamento” (*Direito de família*, p. 104-105).

⁴⁸³ Decreto de 3 de novembro de 1827: “Declara em effectiva observancia as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispo da Bahia sobre o matrimonio. Havendo a Assembleia Geral Legislativa resolvido, artigo único, que as disposições do Concilio Tridentino na sessão 24, capítulo 1º de *Reformatione Matrimonii*, e da Constituição do Arcebispo da Bahia, no livro 1º título 68 § 291, ficam em effectiva observancia em todos os Bispados, e freguezias do Imperio, procedendo os Parochos respectivos a receber em face da Igreja os noivos, quando lho requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos um deles seu parochiano, e não havendo entre elles impedimento depois de feitas as denunciações canonicas, sem para isso ser necessaria licença dos Bispos, ou de seus delegados praticando o Parocho as diligencias precisas recomendadas no § 269 e seguintes da mesma Constituição, o que fará gratuitamente: E tenho eu sancionado essa resolução, Hei por bem ordenar que assim se cumpra. A mesa da Consciencia e Ordens o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 3 de novembro de 1827, 6º da Independencia e do Imperio. Com a rubrica de sua Magestade Imperial. Conde de Valença.” (Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito de família no novo Código Civil brasileiro*, p. 14-15). Obtempera José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini que, conquanto o matrimônio fosse religioso, as regras que o disciplinavam não eram exclusivamente canônicas, destacando, dentre outras, regras estatais

José Russo que “a Igreja Católica tutelou o casamento, que vigorava apenas em sua forma religiosa, pois inexistia o casamento civil e essa era a religião oficial no Brasil”.⁴⁸⁴

Nessa época, o casamento era religioso, especificamente o católico apostólico romano, pois tanto Portugal quanto o Brasil eram países eminentemente católicos, sendo essa a sua religião oficial.

Assim perdurou até a edição do Decreto n. 1.144, de 11 de setembro de 1861⁴⁸⁵, regulamentado pelo de número 3.069, de 17 de abril de 1863, regendo o casamento civil de pessoas não católicas e o de uma católica com uma não católica, donde se extrai a lição de Lafayette Rodrigues Pereira, para esse momento da história: “No estado atual do Direito Civil brasileiro só são recebidas como válidas e capazes de efeitos civis as três seguintes formas de casamento: 1. o casamento católico, celebrado conforme o Concílio Tridentino e a Constituição do arcebispado da Bahia; 2. o casamento misto, isto é, entre católico e pessoa que professa religião dissidente, contraído segundo as formalidades do Direito canônico; 3. finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes às seitas dissidentes, celebrado de harmonia com as prescrições das religiões respectivas. Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar da validade do ato. Todavia, a recente lei [Decreto n. 1.144, de 11 de setembro de 1861] acerca do casamento entre os membros das seitas dissidentes consagrou uma inovação que cumpre assinalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade dessa forma de casamento.”⁴⁸⁶

que regiam o vínculo conjugal: “a Ord. L. 1, tit. 88, §§ 19 e 27; L. 4, tit. 863, §§ 1 a 3; Leis de 19 de junho e de 29 de novembro de 1875; Alvará de 29 de agosto de 1776, que confirmou Assento de 9 de abril de 1772; Lei de 6 de outubro de 1784; diplomas de 22 de setembro de 1828 e de 31 de outubro de 1831.” (Do vínculo conjugal, p. 110).

⁴⁸⁴ José Russo, *Casamento perante autoridade consular*, p. 59-60.

⁴⁸⁵ Ementa desse Decreto n. 1.144/1861: “Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das Leis do Imperio, aos das pessoas que professarem religião differente da do Estado, e determina que sejam regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessarias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzem efeitos civis. (...) José Ildefonso de Sousa Ramos, Senador do Imperio, do Meu Conselho, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio, assim o tenha entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em onze de Setembro de mil oitocentos sessenta e um, quadragésimo da Independencia e do Imperio. Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.”

⁴⁸⁶ Lafayette Rodrigues Pereira, *Direitos de família*, p. 54-55.

Nasce no sistema jurídico brasileiro o casamento civil para pessoas que não professassem a religião católica. Havia num pólo o casamento católico e n'outro o civil, como também o misto, para a união de católico com pessoa que não confessasse essa religião.

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, houve o rompimento do Estado com a Igreja Católica, surgindo, como tal, exclusivamente o casamento civil, isto é, o vínculo regido e regulamentado pelo Poder Público, sem qualquer concepção religiosa, muito mesmo a católica. Segundo José Marcos Marrone: “Integrando o governo provisório Ruy Barbosa e Campos Salles, este Ministro da Justiça, introduziu-se no Brasil, pelo Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento civil, sendo permitida a celebração de cerimônia religiosa, antes ou depois da civil. Com isso, passou ao Estado a competência exclusiva para legislar sobre casamento.”⁴⁸⁷

Esse Decreto n. 181/1890 acabou por revogar o de n. 1.144/1861, vigorando, apenas e tão-somente, para efeitos legais, o casamento civil, pois o religioso não oferecia mais qualquer repercussão jurídica, porquanto dispunha expressamente o artigo 108, *caput* daquela norma: “Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados validos os casamentos celebrados no Brasil, si o forem de accôrdo com as suas disposições”, cujo parágrafo único excepcionava: “Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para a celebração do matrimonio pela religião delles.”

Todavia, em 26 de junho de 1890, foi editado o Decreto n. 521, que proibia terminantemente a celebração de cerimônia matrimonial religiosa antes da civil, inclusive com sanção ao ministro celebrante de seis meses de prisão e multa.⁴⁸⁸

Em 1891, foi promulgada a Constituição da República que, taxativamente, impunha em seu artigo 72, parágrafo 4º: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. O Código Civil de 1916 cumpre a regra constitucional e, por isso, nenhuma menção faz ao casamento religioso, nem mesmo com efeitos civis.

⁴⁸⁷ José Marcos Marrone, *Efeitos civis do casamento religioso*, p. 24.

⁴⁸⁸ Lafayette Rodrigues Pereira, *Direitos de família*, p. 55.

Ressurge o matrimônio religioso com a Carta republicana de 1934, todavia mantido o civil como união válida, eficaz e amparada pelo Poder Público, concedendo àquele os efeitos civis, nos termos do seu artigo 146, *caput*: “O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo de oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.”⁴⁸⁹

Dessume-se que o casamento era exclusivamente civil, podendo o religioso – não mais o exclusivamente católico – suportar os efeitos civis, satisfeitas as disposições contidas em lei. Por isso, foi editada a Lei n. 379, de 16 de janeiro de 1937 para regulamentá-lo.⁴⁹⁰

José Marcos Marrone informa que “a Carta de 10 de novembro de 1937 foi silente sobre tais questões, sem tomar partido pelo casamento religioso ou pelo civil. Limitou-se a declarar que o casamento é indissolúvel, pairando no ar a dúvida se a Lei n. 379 havia sido ou não revogada”⁴⁹¹. José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini complementa que, na vigência dessa Constituição da República, o Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, modificou alguns pontos daquela norma ordinária.⁴⁹²

A Carta Federal de 1946 voltou a cuidar do casamento civil e do religioso com efeitos civis, cujo artigo 163, parágrafos 1º e 2º, dispunha: “§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no registro público. § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis se, a requerimento

⁴⁸⁹ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 47.

⁴⁹⁰ Esclarece Pontes de Miranda que essa lei só foi publicada no dia 20 de janeiro de 1937 e vigeu depois de trinta dias da publicação (nos ditames de seu art. 14), todavia era despicienda, pois “o artigo 146 da Constituição de 1934 era bastante em si”, portanto auto-executável (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: direito de personalidade, direito de família, direito matrimonial...*, v. 7, p. 330).

⁴⁹¹ José Marcos Marrone, *Efeitos civis do casamento religioso*, p. 28.

⁴⁹² José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Do vínculo conjugal*, p. 112.

do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.”⁴⁹³

Com o escopo de regulamentar esses parágrafos constitucionais, editou-se a Lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950, a qual expressamente revoga a Lei n. 379/1937 e derroga os artigos 4º e 5º do Decreto-Lei n. 3.200/1941, nos ditames de seu artigo 10, a qual se encontra em plena vigência e eficácia jurídica.

A Constituição Federal de 1967 praticamente reprisa os sobreditos dispositivos da Carta de 1946, em seu artigo 167, parágrafos 2º e 3º, com iguais teores contidos no artigo 175, parágrafos 2º e 3º da Emenda Constitucional n. 1, de 1969.⁴⁹⁴

No interregno entre essa Carta de 1969 e a de 1988 – cujo dispositivo está transcrito linhas atrás –, foi editada a Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, conhecida como a Lei de Registros Públicos, em cujos artigos 71 a 75 regulamenta-se a habilitação do casamento religioso com efeitos civis, seja essa habilitação prévia ou posterior à celebração do enlace matrimonial.⁴⁹⁵

No Brasil, portanto, positivado está o matrimônio civil, contudo a Constituição da República e as normas ordinárias concedem efeitos civis ao religioso, dès que satisfeitos os requisitos legais, sobretudo com a habilitação e registro da cerimônia sacramental.⁴⁹⁶

Cerrado esse parêntese histórico, diga-se que seja o casamento civil ou religioso com efeitos civis, para que os nubentes possam convolar as núpcias, dependem da satisfação dos requisitos estabelecidos na Lei Civil, cuja aferição far-se-á em um procedimento administrativo denominado Processo de Habilitação, cuja análise discursiva faz-se necessária em tópico específico.

⁴⁹³ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 58.

⁴⁹⁴ José Sebastião de Oliveira, *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 66 e 69.

⁴⁹⁵ Anota-se que o Projeto de Lei n. 6.960 de 2002 visa a revogação desses artigos 71 a 75 da Lei de Registros Públicos, nos ditames da nova redação ao artigo 2.045 do Código Civil de 2002.

⁴⁹⁶ Sérgio Resende de Barros conclui: “Desse modo, em países como o Brasil, o Estado Liberal de Direito, apesar de tender ao laicismo, não arrefeceu – apenas transformou – a matrimonialização a patrimonialização e a sacralização da afeição sexual. Repartiu a matrimonialização da união sexual em dois casamentos – o religioso e o leigo – ficando os estados com a patrimonialização e as igrejas com a sacralização.” (Matrimônio e patrimônio, p. 8).

Informe-se ainda que interessante questionamento suscita o casamento religioso, acerca de qual ou quais cultos poderão celebrar cerimônias religiosas aptas a produzir efeitos civis, o que será discorrido em tópico relacionado à celebração do matrimônio, quando do enfoque da autoridade competente para fazê-lo; por ora, vale a expressa menção.

4.5 Do processo de habilitação ao casamento

O procedimento para a habilitação ao casamento está estabelecido nos artigos 1.525 a 1.532 do Código Civil de 2002, bem como nas regras inseridas na Lei n. 6.015/73 (arts. 67 a 69), com obrigatória passagem neste trabalho, ante seu interesse na formal constituição do matrimônio, com nexos causal direto na formação da família dele decorrente, tratando-se de etapa compulsória para a celebração do ato nupcial.

Essa é a primeira fase ao casamento, qual seja, a da habilitação.⁴⁹⁷

O processo de habilitação, em regra, realiza-se antes da celebração do matrimônio; cumpridos todos os seus requisitos e pressupostos, expedir-se-á o certificado de habilitação, demonstrativo e comprovante de que os nubentes estão aptos a convolar suas núpcias, cujo prazo decadencial é de 90 (noventa) dias, consoante dita o artigo 1.532 do Código Civil de 2002. Isso quer dizer que, se nesse lapso temporal a celebração do matrimônio deixar de ocorrer, automaticamente o certificado expirará sua validade jurídica e, com isso, outro procedimento habilitatório terá que ser realizado, como se o antecedente nunca houvesse existido.⁴⁹⁸

Disse-se que a habilitação matrimonial realiza-se antes da celebração; isso em regra, porque, para o casamento religioso com efeitos civis concede a lei a oportunidade para a realização do ato nupcial sem a prévia habilitação, que se formalizará quando do pedido de registro da cerimônia religiosa, com o escopo de surtir efeitos civis. Para essa

⁴⁹⁷ Paulo do Amaral Souza destaca que o Código Civil de 2002, por seu artigo 1.512, consagrou o princípio da acessibilidade, e que seu parágrafo único distingue três distintas fases: habilitação, celebração e registro do matrimônio (O direito de família e das sucessões face ao novo Código Civil: principais alterações, p. 172).

⁴⁹⁸ Fabrício Zamproga Mattiello, *Código Civil comentado*, p. 992.

forma matrimonial, a celebração poderá ser precedida pelo processo de habilitação (arts. 1.516, § 1º do CC de 2002, 71 a 73 da Lei de Registros Públicos e 2º e 3º da Lei n. 1.110/50), ou esse procedimento poderá realizar-se após aquele ato religioso, nos ditames do artigos 1.516, parágrafo 2º do Código Civil de 2002, 74 da Lei de Registros Públicos e 4º a 6º da Lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950, norma essa promulgada justamente para regulamentar “o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso”.

Como anotado, expedido o respectivo certificado de habilitação, os pretendentes terão o prazo decadencial de noventa dias para a celebração do casamento, lapso temporal esse aplicável ao casamento civil (art. 1.532 do CC/2002) e ao casamento religioso que se pretenda empreender efeitos civis com prévia habilitação (art. 1.516, § 1º do CC/2002); isso quer dizer que nesse prazo a cerimônia há de ser realizada, pois, do contrário, será imprescindível a realização de novo procedimento de habilitação.

Esse prazo decadencial, nesses exatos termos, é aplicável ao casamento religioso, todavia sua contagem só se iniciará depois de expedido o certificado de habilitação, ou seja, após considerar os pretendentes – verdadeiros marido e mulher já casados religiosamente – habilitados a instituir efeitos civis à celebração religiosa, terão eles o lapso temporal de noventa dias para efetivarem o registro e, com isso, aquele ato religioso passará a produzir também eficácia jurídica civil (art. 1.516, § 2º, parte final do CC/2002).

Interessante ressaltar que, depois de realizada a cerimônia religiosa, sem que prévia habilitação civil tenha se processado, inexistente prazo para que o casal postule a produção de efeitos civis a esse matrimônio; isso quer dizer que alguns dias, meses ou até anos depois do casamento religioso, podem marido e mulher pretenderem habilitá-lo consoante as leis civis, o que será plenamente plausível.

Fabrizio Zamproga Mattiello assim também se posiciona: “Deve-se observar, ainda, que o parágrafo primeiro estabelece prazo definido para o registro, ao passo que a norma em exame admite a inscrição do casamento religioso a qualquer tempo, desde que o casal requeira e se submeta à prévia habilitação e promova o registro dentro em noventa dias a contar de quando expedida a respectiva certidão.”⁴⁹⁹

⁴⁹⁹ Fabrizio Zamproga Mattiello, *Código Civil comentado*, p. 979.

Para a eficácia jurídica civil de um casamento religioso, cuja habilitação não fora processada antes do culto, o legislador desconsidera essa formalidade antecedente para, depois, independente do lapso de tempo, reconhecer civilmente esse ato nupcial como efetivo casamento, com todos os efeitos dele decorrentes, inclusive e mormente a família que fora constituída.

Ao assim disciplinar, houve por bem o legislador desprezar formalidades legais para sufragar a união religiosa entre um homem e uma mulher, ou seja, para acolher o vínculo familiar que se constituiu. Ante a divergência entre exigir o mero cumprimento de formalismos legislativos e amparar legalmente uma família, abandona-se aqueles em prol deste vínculo afetivo.

Entre as formalidades legais e a família, com coerência, bom senso e equidade, optou o legislador pela prevalência da relação familiar, preferindo o afeto, o amor, a dignidade dos parceiros à tão-só observância de regras legislativas.

Prevalece assim o vínculo afetivo, a família decorrente de um casamento religioso, cujos efeitos civis só lhe serão concedidos posteriormente.

Em quaisquer das situações percorridas – prévia ou posterior habilitação –, o casamento religioso produz efeitos jurídicos de casamento civil desde a data da sua efetiva celebração, qual seja, da cerimônia religiosa, portanto, com efeitos *ex tunc* (arts. 1.515, parte final do CC/2002, 75 da Lei de Registros Públicos e 7º da Lei n. 1.110/50), como aliás comenta Walter Ceneviva: “O registro da habilitação aperfeiçoada faz voltar no tempo a produtividade de efeitos. (...) Feito o registro, o estado civil passa a ser o de casados, desde a data da solenidade religiosa.”⁵⁰⁰

O processo de habilitação é atividade administrativa, cujo trâmite ocorre no Cartório de Registro Civil, posteriormente com ouvida do Ministério Público e homologação judicial, consoante expressa o artigo 1.526 do Código Civil de 2002. Nesse procedimento é que se aferirá se os pretendentes estão aptos a assumir o matrimônio, ou seja, se possuem capacidade civil e matrimonial, se não existe impedimento nenhum a

⁵⁰⁰ Walter Ceneviva, *Lei dos Registros Públicos comentada*, p. 141-142.

obstar essas núpcias, ou mesmo se causa legal temporariamente impede ato matrimonial; como sintetiza Caio Mário da Silva Pereira: “Os nubentes têm de evidenciar a sua aptidão para o matrimônio em um processo especial – o ‘processo de habilitação’.”⁵⁰¹

O artigo 1.525 do Código Civil de 2002 enumera os documentos imprescindíveis para a instrução do procedimento administrativo⁵⁰², inaugurado pelo requerimento subscrito pelos pretendentes, pessoalmente – se, no entanto, “analfabeto um deles, ou ambos, será assinado a rogo, com duas testemunhas”⁵⁰³ – ou por procurador formalmente constituído – novidade expressamente contida nessa norma legal, na cabeça do artigo.⁵⁰⁴

Esse pedido há de ser acompanhado de alguns documentos denominados de *essenciais*, por serem imprescindíveis em todo e qualquer procedimento, como os disciplinados nos incisos I, III e IV, os quais visam comprovar a idade dos requerentes, portanto, suas capacidades nupciais e civis, qualificá-los e, com isso, individualizá-los – cujo instrumento é denominado de Memorial⁵⁰⁵ –, e a colheita de prova testemunhal dos fatos ali inseridos.

Outros documentos são despiciendo em grande parte dos pleitos matrimoniais, pois aplicáveis em casos e situações específicos, por isso nomenclaturados de *especiais*, contidos nos incisos II e V do sobredito artigo 1.525. O primeiro deles trata da autorização para o casamento, a ser emitida pelo representante legal – genitores⁵⁰⁶ ou tutor – do pretendente que possui capacidade nupcial, mas ainda não tem capacidade civil; como também “se o nubente for um incapaz sob curatela (CC, art. 1.767), como, p. ex., o pródigo, embora tenha capacidade nupcial, está sujeito à autorização do curador”⁵⁰⁷. O outro dispositivo (inc. V) exige a prova da dissolução de anterior matrimônio do requerente que se declare viúvo, divorciado ou com casamento anterior anulado.

⁵⁰¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: direito de família*, v. 5, p. 100.

⁵⁰² Segundo Camilo de Lelis Colani Barbosa: “Pela simples leitura dos documentos exigidos pela lei verifica-se que o objetivo da mesma é verificar a existência de impedimentos e/ou incapacidade matrimonial, ou ainda, de causas suspensivas.” (*Direito de família: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002*, p. 34).

⁵⁰³ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 58.

⁵⁰⁴ O trâmite desse processo está delimitado nos artigos 67 a 69 da Lei de Registros Públicos.

⁵⁰⁵ Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 60.

⁵⁰⁶ Essa é uma das expressas atribuições do exercício do poder familiar (art. 1.634, inc. III do CC/2002).

⁵⁰⁷ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, p. 90.

Destarte, esses incisos são aplicáveis em hipóteses especiais, que sigam caminhos fora do regramento trivial.

Cumprida essa etapa, será expedido o edital (art. 1.527 do CC/2002), cujo intuito é dar ampla e irrestrita publicidade ao ato que se pretende realizar, representando “(...) uma convocação para que todos aqueles que saibam da existência de impedimento capaz de infirmar o projetado casamento venham opô-lo”⁵⁰⁸; esse edital é denominado de proclamas.⁵⁰⁹

Faculta a Lei Civil a dispensa da publicação dos editais de proclamas, “havendo urgência” na celebração do casamento (arts. 1.527, parágrafo único do CC/2002 e 69 da Lei de Registros Públicos), expressão essa cuja interpretação dependerá da análise fática concreta, com apreciação discricionária e fundamentada do magistrado⁵¹⁰; são citadas como situações passíveis dessa consideração uma viagem urgente e inadiável dos nubentes, doença grave de um deles, nascimento de filho do casal, enfim, toda e qualquer casuística que tipifique e comprove essa urgência.⁵¹¹

⁵⁰⁸ Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 32.

⁵⁰⁹ Conforme Camilo de Lelis Colani Barbosa: “Configura-se instituto de origem canônica, e visa dar oportunidade às pessoas comuns da sociedade de apresentarem oposição de impedimentos.” (*Direito de família*: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002, p. 34). Cânon 1.067: “A Conferência dos Bispos estabeleça normas sobre o exame dos noivos, sobre os proclamas matrimoniais e outros meios oportunos para fazer as investigações que são necessárias antes do matrimônio, e assim, tudo cuidadosamente observado, possa o pároco proceder à assistência do matrimônio”. Esclarece-se, em comento a esse Cânon, que “todas as determinações sobre o processo de habilitação matrimonial ficam agora a cargo da Conferência Episcopal. (...) ‘Exame dos noivos’ indica as entrevistas que o pároco deve ter com os noivos para comprovar sua liberdade e o grau de instrução na doutrina católica. *Publicationes matrimoniales* são os popularmente chamados ‘proclamas’ ou ‘banhos’. Advirta-se que os proclamas são citados apenas exemplificativamente, como um dos meios possíveis de investigação” (CÓDIGO de Direito Canônico: *Codex Iuris Canonici*, p. 485). O Projeto de Lei n. 2.118/2003, que tramita na Câmara dos Deputados, pretende extinguir a necessária publicação dos editais de proclamas.

⁵¹⁰ No Estado de São Paulo, a competência para apreciar pedido de dispensa da publicação dos proclamas é do Juiz de Direito Corregedor do Cartório de Registro Civil, consoante disciplina o item 67 das Normas de Serviços da Corregedoria Geral da Justiça, item inserto no Capítulo XVII – Do Registro Civil das Pessoas Naturais – Seção V – Do Casamento – Subseção I – Da Habilitação para o Casamento.

⁵¹¹ Antônio Chaves avisa que os motivos urgentes devem ser “sérios e plausíveis” (*Tratado de direito civil: direito de família*, v. 5, t. 1, p. 163). Eduardo Espínola pondera: “A despeito dos altos interesses que os proclamas procuram acautelar, há certas contingências da vida em que fora de grave inconveniência respeitar as formalidades e prazos que eles requerem, pois qualquer retardamento no celebrar o matrimônio poderia acarretar funestas e irremediáveis conseqüências. Não diz o Código quais sejam os casos urgentes em que as publicações devem ser dispensadas. Ficam à criteriosa apreciação da autoridade competente.” (*A família no direito civil brasileiro*, p. 61).

Novamente, em prol da instituição familiar que agora será constituída pelo casamento, desconsidera-se, ou pode ser desconsiderada, outra formalidade legalista, orientação que merece orientar o magistrado no instante da apreciação do termo *urgência*; a fundamentação estará a seu cargo, todavia haverá de sopesar, em cada situação, com o peculiar crivo de bom senso e discricionariedade, se o apego demasiado à formalidade não estará desconsiderando o vínculo familiar, pois este sempre merece prevalecer sobre aquele, salvante os casos de meros caprichos dos pretendentes, que refogem à tipificação *havendo urgência*.

Satisfeitas essas formalidades preliminares e impedimento nenhum sendo oposto, estarão aptos os requerentes a casarem-se; será expedido o certificado de habilitação que os capacita a contrair o matrimônio, no prazo decadencial de noventa dias; com essa certificação, os pretendentes não estão legalmente casados, tão-só aptos a casarem-se entre si nesse prazo legal.

4.6 Da capacidade, impedimentos e causas suspensivas do matrimônio

Determina o artigo 1.531 do Código Civil de 2002: “Cumpridas as formalidades dos artigos 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação”. Com efeito, é no citado procedimento de habilitação para o casamento que se averiguará “a inexistência de fato obstativo”, se os pretendentes possuem capacidade matrimonial ou se impedimento legal inexistente para as núpcias, ou, parafraseando o texto acima, se os nubentes estão aptos ao casamento.

O Código Civil de 1916, no que tange aos impedimentos matrimoniais, classificava-os em seu artigo 183 desta forma: os incisos I a VIII eram os dirimentes absolutos ou públicos, cujo casamento celebrado com sua infração era considerado nulo (nulidade absoluta); os incisos IX a XII eram os impedimentos privados ou dirimentes relativos, que conduziam à anulabilidade (nulidade relativa) do matrimônio; e os incisos XIII a XVI eram os meramente proibitivos, impedientes ou precautórios, gerando a

obrigatoriedade da observância do regime da separação de bens, sem repercussão na validade jurídica do ato matrimonial.

Confundia o Código revogado a capacidade com impedimento matrimonial, englobando aquela neste último, como se ela fosse uma espécie de impedimento.

A capacidade nupcial decorre da possibilidade jurídica de contrair o casamento, em qualquer situação de fato, ou, a *contrario sensu*, a ausência de capacidade para convolar núpcias impossibilita-a em qualquer hipótese fática; por exemplo, a pessoa que não tenha a idade núbil – com o Código Civil de 2002 é alcançada aos dezesesseis anos, pelo homem e pela mulher (art. 1.517, *caput*) – está incapacitada para o matrimônio, ou seja, não ostenta capacidade para se casar com quem quer que seja.

O impedimento, por seu turno, exige uma situação de fato específica, de sorte que a pessoa está impossibilitada de se casar com aquel'outra; apta está, no entanto, para convolar núpcias com outra pessoa, como na hipótese de ascendente que pretenda casar-se com sua descendente, estando impedidos para o casamento entre si, nada obsta que se case com terceiras pessoas; no impedimento, a pessoa pode até ostentar a capacidade matrimonial, todavia, naquela situação concreta, falta-lhe legitimação para o casamento.⁵¹²

O Código Civil de 2002 extirpou essa confusão – ou, ao menos, amenizou-a sobremaneira – ao separar a capacidade nupcial do impedimento matrimonial. Essa novidade tópica legislativa fundamenta o compulsório enfoque dessas matérias, afora os parâmetros principiológicos utilizados pelo legislador para reformular algumas situações específicas, seguindo a orientação determinada pela ordem constitucional vigente.

⁵¹² Sílvio Rodrigues ensina: “O impedimento matrimonial se estriba na idéia de ‘falta de legitimação’, que o direito civil foi buscar no processual” (*Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 36). Orlando Gomes, em discurso sobre o Código Civil de 1916, complementa: “O impedido de casar não é incapaz de contrair matrimônio. A incapacidade é geral, o impedimento ‘circunstancial’. Diz absoluta, no sentido de que o incapaz não tem aptidão para casar com quem quer que seja. O ‘impedimento’ decorre de uma circunstância levada em conta pela lei para proibir certos casamentos. (...) Poder-se-ia dizer que o ‘impedimento’ é uma ‘incapacidade especial’ que atinge determinada pessoa, *in concreto*, não permitindo o casamento, mas a capacidade, por sua natureza, não comporta especialização. Ou, se é capaz ou incapaz” (*Direito de família*, p. 91).

Em capítulo próprio o Código trata Da Capacidade para o Casamento, do seu artigo 1.517 ao artigo 1.520, estabelecendo no *caput* daquele que, tanto para o homem, quanto para a mulher, a idade núbil é atingida aos dezesseis anos; destarte, abaixo dessa a pessoa é incapaz para o matrimônio⁵¹³. Evidencia-se a plenitude do princípio da igualdade entre os pretendentes – homem e mulher –, ante a isonomia da idade nupcial para ambos os sexos.

Ressalte-se que, possuindo mais de dezesseis anos, mas com idade inferior aos dezoito anos, a pessoa tem capacidade nupcial, todavia ainda é relativamente incapaz para os atos da vida civil, nos termos do artigo 4º, inciso I do Código Civil de 2002; nesse caso, obrigatoriamente aplica-se a imprescindível apresentação de documento especial acima citada, qual seja, a autorização do representante legal (art. 1.525, II).

Estando sob a égide do poder familiar, o consentimento há de ser expressado pelos pais (pai e mãe) e, caso haja divergência entre as intenções deles, a divergência poderá ser solucionada em juízo, não prevalecendo a vontade de um sobre a do outro (art. 1.517, parágrafo único do CC de 2002). Caso os genitores não estejam no exercício desse poder, o consentimento será expressado pelo tutor do nubente relativamente incapaz (art. 1.517, *caput*, parte final do CC de 2002).

Não se olvide que, em sendo denegado esse consentimento pelos pais ou pelo representante legal do nubente, pode-se pleitear o seu suprimento judicialmente, se injustificada a recusa (art. 1.519 do CC de 2002), cuja precípua finalidade será demonstrar a injustiça da denegação da autorização para o matrimônio.

⁵¹³ No Código Civil de 1916, a *capacidade nupcial era tratada como impedimento relativamente dirimente* em seu artigo 183, incisos XI e XII, sendo certo que a idade núbil para o homem era atingida aos dezoito anos e para a mulher aos dezesseis anos, enquanto a plena capacidade civil, para ambos, só surgia aos vinte e um anos de idade (art. 9º). Os demais impedimentos privados do Código Civil revogado (art. 183, incs. IX e X) apresentam-se no Código Civil atual da seguinte forma: a coação (inc. IX) é causa de anulação do casamento (arts. 1.550, inc. III e 1.558 do CC/2002), como também o é a incapacidade para consentir (art. 1.550, inc. IV do CC/2002). Enquanto isso, o rapto (inc. X) não está positivado no novo sistema legal.

A interpretação dessa injusta recusa é competência do magistrado⁵¹⁴, cujo paradigma há-lhe de servir, além dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana – aqui considerados com relevo os inerentes à pessoa do nubente que postula o consentimento –, os elementos vetores exegéticos do direito de família hodierno, o afeto, carinho, cumplicidade e respeito entre os pretendentes ao matrimônio, os quais demonstrarão a segurança e solidificação da família que se constituirá.

Os consentimentos serão supridos judicialmente, caso estejam patentes os interesses e dignidade da pessoa do postulante, desconsiderando-se a vontade dos genitores, se injustas, para que prevaleça a constituição de uma nova relação familiar; repita-se, caso satisfeitos os sobreditos elementos norteadores do vínculo conjugal e preservados os princípios fundamentais quanto à pessoa do pretendente relativamente incapaz.

Nesse sentido decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como se verifica pela seguinte ementa:

“CASAMENTO – Suprimento de consentimento – Inexistência de impedimento legal para o matrimônio, apresentando o nubente condições de prover as necessidades da família – Pedido deferido – Declaração de voto. Em face da recusa paterna ao consentimento para o matrimônio do filho menor relativamente incapaz, deve ser suprida a autorização, se nenhum impedimento legal existe para o casamento e se inócorre qualquer dos motivos que a doutrina aponta como justificativos do indeferimento, *mormente sendo os jovens sadios e de bons costumes e tendo o nubente condições de prover às necessidades da família.*” (TSMG – Ap. n. 79.700-2, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Walter Veadó, j. 27.11.1990, v.u., RT 670:149). – destacou-se.

Esse pedido judicial processar-se-á pelo procedimento de jurisdição voluntária, como leciona Antonio Carlos Marcato, pois “o rol do artigo 1.112 do Código de Processo

⁵¹⁴ Roberto João Elias referenda: “Parece-nos melhor deixar ao prudente arbítrio do magistrado a decisão quanto à justiça, ou não, da causa. (...) Bem melhor, a nosso ver, deixar-se a critério do juiz a questão, permitindo-se o recurso à Superior Instância.” (O consentimento para casamento de incapazes e o seu suprimento judicial, p. 134-135). João Manuel de Carvalho Santos complementa que “a doutrina tem procurado arrolar alguns exemplos, como que para facilitar a missão dos juizes, na aplicação da lei, estabelecendo que são motivos justos para a recusa do consentimento para o casamento: a) a doença grave e contagiosa do pretendente; b) vida licenciosa da pessoa com quem o menor quer casar; c) paixão imoderada pelo jogo da pessoa com quem o menor quer casar; d) vício de embriaguez; e) não ter o pretendente bom procedimento, ou estar sendo processado por qualquer crime; f) a existência de qualquer impedimento legal; g) a falta de recursos por parte do pretendente para a subsistência do casal; h) os maus costumes provados e notórios da pessoa com quem o menor quer casar; i) os defeitos que impedem o fim do casamento na pessoa do outro noivo.” (*Código Civil brasileiro interpretado*, v. 4, p. 70-71).

Civil não é taxativo”⁵¹⁵. Prevê o Código de Processo Civil, outrossim, a possibilidade de concessão de medida liminar determinando “o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais” (art. 888, IV).⁵¹⁶

A Lei possibilita, outrossim, o suprimimento ou suplemento da idade núbil, consoante estatui o artigo 1.520 do Código Civil de 2002, assim disposto: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”. Esse texto legal há de ser interpretado extensivamente ou contendo situações meramente exemplificativas, não cláusulas taxativas, sob pena de cometerem-se graves injustiças e impropérios judiciais, sob os fundamentos da inexistência de sanção penal a ser aplicada ou de gravidez; há que se averiguar, sim, cada casuísmo, o porquê do pleito judicial de suprimimento da idade núbil, as razões fáticas que motivam o pedido, para depois, ainda que excepcionalmente, conceder ou denegar o suplemento da idade, para que injustiças não se façam.

De igual modo, na fundamentação desse pleito supletivo, os elementos embaixadores do convívio familiar, que há de imperar entre os futuros cônjuges – afeto, carinho, cumplicidade, respeito, enfim o amor –, hão de servir de parâmetros para justificar a concessão, ou não, do pedido, pois o fato concreto e fundamental do postulado judicial é um ingrediente a somar-se aos sobreditos e, juntos, conduzirem à ilação plausível.

O princípio da dignidade humana também há de servir de suporte para a depuração dos fatores que justificam o suprimimento da idade núbil, porquanto, afora o motivo fático, que é relevante sim, há de se aquilatar e preservar a dignidade das pessoas envolvidas no relacionamento, sobretudo dos pretendentes, evitando suas exposições a situações indignas.

⁵¹⁵ Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, p. 348.

⁵¹⁶ Com a descrição de dispositivos do Código Civil de 1916, mas aplicável ao texto vigente, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira comenta sobre essa medida cautelar: “Pode suceder, no entanto, quando negado ao menor de vinte e um anos o consentimento reclamado pelos artigos 185 e 186 do Código Civil, a necessidade de pedido de suprimimento ao juiz (art. 188 do CC; art. 1.103 do CPC). Essa atitude do menor poderá induzir a situações de constrangimento a recomendar o afastamento da casa paterna do pretendente ao casamento. Essa a *ratio essendi* da norma contida no inciso IV do artigo 888.” (*A tutela de urgência e o direito de família*, p. 127).

Há que se interpretar o artigo 1.520 do Código Civil vigente considerando as causas – pena criminal ou gravidez – como meramente exemplificativas, a demonstrar que os motivos justificadores não de ser sérios, autênticos e convincentes, pois o que justificará o suplemento da idade nupcial é sim o caso concreto – mas outros, além desses –, cujo enfoque norteador não de ser os sobreditos elementos inerentes à relação familiar, com preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵¹⁷

Como alerta Camilo de Lelis Colani Barbosa: “Tendo, pois, como função social primordial a formação da família, família baseada nos princípios maiores do amor e da afeição, parece-nos que merece melhor interpretação o disposto no artigo 1.520 do novo Código Civil (...) devendo essa se dar à luz do princípio da função social do matrimônio, além da proteção à família (inclusive em seus aspectos sentimentais), promovidos pelo Código Civil e pela Constituição Federal de 88.”⁵¹⁸

Efetivamente, o que se protege e pretende preservar é a dignidade das pessoas dos pretendentes, garantindo a digna convivência familiar entre eles, inclusive o direito de constituir o vínculo familiar conjugal, desde que, como parece evidente, isso não repercuta negativamente à sua própria pessoa. Entre a vinculação extrema à capacidade nupcial de um dos nubentes e a garantia da formação familiar, em sendo plausível, digno e convincente – mesmo que o motivo justificador seja outro, que não o cumprimento de pena criminal e gravidez –, há que se optar pela última, qual seja, conceder-se o suprimento da idade núbil, garantindo a constituição de uma nova família, que é um direito de toda e qualquer pessoa (princípio da cidadania), essa a hermenêutica equânime.

O Código Civil de 1916 facultava ao magistrado expressamente, quando do seu deferimento, “ordenar a separação de corpos, até que os cônjuges alcancem a idade legal” (art. 214, parágrafo único), o que não está vedado no sistema vigente, pois é implícito ao poder de cautela do juiz. Entretanto, a ausência dessa disciplina, atualmente, pode-se considerar como protetiva do vínculo familiar, ante a seguinte ilação: se os pretendentes estão aptos a contrair o matrimônio, tanto que se suplementará a idade núbil, o convívio

⁵¹⁷ Há que se lembrar, desde logo, que as pessoas que buscam perante o Poder Judiciário o consentimento para convolar suas núpcias, como o suprimento de suas idades, haverão de contrair o matrimônio sob o regime da separação obrigatória de bens, conforme estabelece o artigo 1.641, inciso III do Código Civil de 2002. (Sílvia Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 40).

⁵¹⁸ Camilo de Lelis Colani Barbosa, *O casamento no novo Código Civil brasileiro*, p. 96.

conjugal é a ele imanente – sendo uma de suas finalidades mediatas, postas como seus deveres –, para a estruturação e solidificação da nova família constituída. A regra será que, suplantada a idade, convoladas as núpcias, os cônjuges convivam e coabitem, satisfazendo o fim familiar que almejavam, ressalvas situações específicas e fundamentadas que não obstam o magistrado de determinar a separação de corpos como exceção.

Essa alteração legislativa quanto à separação de corpos é favorável e protetora da nova família constituída.

É coerente, por outro turno, a redobrada cautela na análise desses pedidos judiciais, para que não se desnature a idade nupcial fixada pela norma legal, fixadora que é da própria capacidade para o casamento; destarte, há que imperar o bom senso e a equidade do julgador, sem se fincar exclusivamente nas específicas diretrizes legais (cumprimento de pena e gravidez), muito menos deferir todo e qualquer pleito de suplemento da idade; mas sim examinar com acuidade cada casuísmo aforado, sopesando os fatores favoráveis e contrários à concessão, valendo-se de todos os preceitos vetores anotados neste tópico, sobretudo enfocado na dignidade das pessoas que comporão a nova família a ser constituída por esse matrimônio.

Não obstante essas faculdades legais, se o casamento de quem não ostenta a idade nupcial realizar-se, ou então, do que a possui mas não obteve o consentimento de seu representante legal – por ainda ser relativamente incapaz –, esse ato jurídico será anulável (art. 1.550, incs. I e II do CC de 2002), cuja anulabilidade não será decretada, se resultou gravidez desse relacionamento (art. 1.551 do CC de 2002).

Mais uma vez preserva o legislador, explicitamente, a superação de vício constitutivo do matrimônio em proteção à família dele originada; desconsidera a formalidade etária que não fora observada, convalescendo-a, para validar o vínculo familiar formado desse relacionamento. Entre a idade núbil e a família, se há gravidez, expressamente determina a Lei Civil que a opção há de ser pelo convívio familiar, ou seja, valida-se plenamente o casamento e, por conseguinte, preserva-se a família dele decorrente.

Comentando idêntico teor contido no Código Civil revogado – então artigo 215 –, Francisco José Cahali já argumentava: “No caso, *ainda que anulável o casamento, ter-se-á constituído a família*, com a superveniência do filho revelada pela gravidez; este interesse maior prevalece sobre a anulabilidade do ato matrimonial. Na literalidade do texto legal, é irrelevante que a gravidez só se manifeste durante a litispendência; constatada, extingue-se o processo, não mais podendo ser pronunciada a nulidade.”⁵¹⁹ – destacou-se.

Inesquecível, por fim, a emancipação legal desse nubente logo que constituído o vínculo matrimonial, consoante estatuído no artigo 5º, parágrafo único, inciso II do Código Civil de 2002, “(...) pois quem pode manifestar validamente sua vontade em ato de extensa repercussão jurídica como é o casamento, por óbvio não ficará jungido do pátrio poder” – hoje, poder familiar.⁵²⁰

Neste ponto, há que se considerar que objetiva-se sim a prevalência da família que fora constituída, e por isso, neste caso, se desconsideram requisitos basilares do matrimônio; essa linha hermenêutica é adotada, todavia, sem vínculos absolutos, pois são inolvidáveis outros princípios que haverão de nortear a adequação fática, tal como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente – presentes em âmbito constitucional (art. 227 da CF) e infraconstitucional (arts. 1º, 3º e 4º, dentre outros, do EC) –, esse sim prioritário e absoluto, prevalecendo, se necessário, em contradição ao vínculo familiar que se formou.⁵²¹

O capítulo seguinte disciplina os *impedimentos matrimoniais*, que são as verdadeiras ausências de legitimação para o casamento, ou seja, a pessoa até possui capacidade nupcial e civil, todavia, para aquela situação concreta, falta-lhe legitimidade, está impedida de contrair o matrimônio com pessoa certa e determinada. Esses motivos impeditivos estão enumerados no artigo 1.521 do Código Civil de 2002, em sete incisos, os

⁵¹⁹ Francisco José Cahali, *Ação de nulidade e anulação do casamento*, p. 168.

⁵²⁰ Fabrício Zamproga Matiello, *Código Civil comentado*, p. 26.

⁵²¹ Assegura Rodrigo da Cunha Pereira que “(...) o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que contém a síntese dos direitos fundamentais dos menores, além de registrar que eles são a prioridade absoluta para a ordem jurídicas: (...). Seguindo as diretrizes constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas à criança e ao adolescente, em seus artigos 3º e 4º (...). O que se constata desses dispositivos é que eles se consubstanciam em uma Declaração de Princípios, como o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989. Esta Convenção foi ratificada no Brasil em 26.1.1990, através do Decreto Legislativo n. 28, de 14.9.1990, vindo a ser promulgada pelo Decreto Presidencial n. 99.710, de 21.11.1990.” *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 92-93).

cinco primeiros relacionados ao grau de parentesco entre os pretendentes, seja consanguíneo, civil ou por afinidade.⁵²²

Francisco José Cahali acentua que “os impedimentos constituem na nova sistemática do Código os verdadeiros óbices ao casamento, ensejando a absoluta nulidade do matrimônio realizado em desrespeito a essas restrições, tendo em vista a gravidade do vício. A sociedade, no intuito de preservar a família, tendo em vista considerações eugênicas e morais, edita essas sete proibições, que visam: 1º) impedir núpcias incestuosas (n. I a V); 2º) preservar a monogamia (n. VI); 3º) evitar enlaces que deitem raízes em crime (n. VII)”.⁵²³

Em sendo nulo o casamento contraído com um impedimento matrimonial, infere-se que as causas impeditivas são essas taxativamente enumeradas, impossibilitando ao intérprete acrescentar outras às delimitadas pelo legislador, como assinala Maria Helena Diniz.⁵²⁴

Esses impedimentos, em sua maioria, são de leitura e interpretações claras e naturais, donde maiores discussões são despiciendas; todavia, dois deles merecem pequenos retoques para uma adequada conotação pragmática.⁵²⁵

O primeiro é o *inciso IV* que, em sua parte final, disciplina que estão impedidos de se casar os parentes colaterais até o terceiro grau, inclusive.

Tio com sobrinha e tia com sobrinho ostentam esse parentesco colateral, enquanto o Decreto-Lei n. 3.200/41 possibilita a realização desse casamento, desde que comprovada

⁵²² Esses impedimentos matrimoniais equiparam-se aos *impedimentos absolutamente dirimentes do Código Civil de 1916*, dispostos em seu artigo 183, incisos I a VII. Ressalte-se que inciso VII, que tratava do impedimento decorrente do adultério – “o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado” – foi extirpado do direito positivo familiar brasileiro.

⁵²³ Francisco José Cahali, em atualização à obra de Sílvia Rodrigues (*Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 40).

⁵²⁴ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, p. 69.

⁵²⁵ Euclides Benedito de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka criticam o teor dos incisos III e V do artigo 1.521 do Código Civil de 2002, ao excepcionarem a condição do filho adotivo, “(...) quando, na realidade, são simplesmente filhos, iguais aos naturais, ainda que decorrentes de vinculação civil. Por isso, não era preciso dizer que o adotante não pode casar-se com quem foi cônjuge do adotado, pois se configura, na hipótese, afinidade na linha reta que já tem previsão impeditiva no inciso II do mesmo dispositivo legal. Também desnecessária a menção a impedimentos entre o adotado e o filho do adotante, pela curial razão de que são simplesmente irmãos, por isso enquadráveis no inciso IV.” (Do casamento, p. 24).

pericialmente a inexistência de inconveniente médico-legal, para eles e eventual prole; se a conclusão for negativa, possibilita-se nova perícia a requerimento dos nubentes, consoante estatui o artigo 1º da Lei n. 5.891, de 12 de junho de 1973.

Dessume-se, pelas precisas e cristalinas disposições legais, que os parentes colaterais de terceiro grau somente poderão contrair matrimônio entre si se comprovarem, por perícia médico-legal, a ausência de fatores genéticos prejudiciais a eles e à prole que provavelmente venham a gerar.

A dúvida acerca desse inciso reside unicamente na controvérsia que pode reinar sobre a vigência das mencionadas leis especiais – Decreto-lei n. 3.200/41 e Lei n. 5.891/73 –, haja vista que, por serem anteriores ao Código Civil de 2002, poderia o legislador, caso tivesse interesse em manter essas mesmas concepções, expressamente excepcionar essa situação matrimonial, caso realizada a referida perícia; todavia, assim não o fez.

Malgrado o silêncio do legislador, perquirindo as lições doutrinárias contemporâneas, conclui-se que predomina a vigência dessas normas especiais; para tanto, cita-se a opinião de Francisco José Cahali: “O novo Código Civil, repita-se, limitou-se a resgatar o impedimento tal qual apresentado pelo legislador de 1916, sem qualquer referência à subsistência ou não da permissão ao casamento de colaterais em terceiro grau, observado o procedimento previsto no referido Decreto-Lei n. 3.200/41. Resta, pois, enfrentar a questão. No entender do atualizador desta obra, considerando tratar-se a previsão do casamento entre colaterais de terceiro grau de regra específica, inserida em legislação própria de proteção à família, não terá sido revogada pela codificação geral posterior. Ademais, seria um retrocesso obstar os casamentos nestas condições, tão bem superadas pelo decreto referido. Daí por que merecer ter por vigente a legislação de 1941, convivendo com o novo Código. E, neste sentido, o referido Projeto n. 6.960/2002 propõe a autorização do casamento entre colaterais de terceiro grau, ‘quando apresentado laudo médico que assegure inexistir risco à saúde dos filhos que venham a ser concebidos’.”⁵²⁶

⁵²⁶ Sílvio Rodrigues. *Direito civil: direito de família*: v. 6, p. 43. Efetivamente, pelo sobredito projeto de lei, o artigo 1.521 do Código Civil de 2002 passaria a ter o parágrafo único com a seguinte redação: “Poderá o juiz, excepcionalmente, autorizar o casamento dos colaterais de terceiro grau, quando apresentado laudo médico que assegure inexistir risco à saúde dos filhos que venham a ser concebidos.”

Pela vigência dessas normas especiais também se pronunciam Maria Helena Diniz⁵²⁷, Regina Beatriz Tavares da Silva⁵²⁸ e Arnaldo Wald⁵²⁹; por seu turno, sintetiza Eduardo de Oliveira Leite: “Já no artigo 1.521, IV, que deve ser interpretado à luz do Decreto-Lei n. 3.200 de 1941, no que se refere à possibilidade do casamento entre colaterais de 3º grau.”⁵³⁰

E realmente essa é a interpretação plausível, pois se o impedimento está fundamentado na eventual falha genética que essa relação entre parentes colaterais de terceiro grau possa surtir na eventual prole, demonstrada e comprovada a inexistência ou improbabilidade da falha, não há razão lógica para perpetuar o obstáculo matrimonial. Ademais, se em 1941 já existiam elementos técnicos médico-legais suficientes e seguros para atestá-la, o que se dirá na atualidade, com a evolução galopante e fenomenal dessa ciência biológica que, decerto, ostenta condições muito mais garantidas, coesas e fundamentadas para apresentar a conclusão pericial.

Reinam imperiosos os princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, assim como a prevalência do afeto e seus elementos conseqüenciais, na posição de guias interpretativos, uma vez que, inexistindo qualquer perturbação genética, o impedimento legal há de ser descartado, com a preponderância do vínculo familiar conjugal que daí resultará.

Acrescente-se, outrossim, que a procriação hodiernamente desapareceu da finalidade matrimonial, a qual está fulcrada na formação da nova família – chamada de conjugal ou matrimonial –, fundada precipuamente no amor e afeto reinante entre os futuros cônjuges, e no cumprimento dos direitos e deveres conjugais recíprocos entre eles.

Por todos esses fatores, infere-se que há de ser considerada a possibilidade de realização do matrimônio entre tio e sobrinha ou tia com sobrinho, mesmo que em parentesco de terceiro grau.

⁵²⁷ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, p. 72.

⁵²⁸ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 75.

⁵²⁹ Arnaldo Wald, *O novo direito de família*, p. 73.

⁵³⁰ Eduardo de Oliveira Leite, Os sete pecados capitais do novo direito de família, p. 69. Nesse teor, o Enunciado n. 98 da I Jornada de Direito Civil.

O outro dispositivo que merece menção é o *inciso VI* (art. 1.521 do CC de 2002), que trata das *pessoas casadas* – cujo fundamento é a manutenção do princípio da monogamia⁵³¹, no qual se assenta o direito matrimonial brasileiro.

Menciona-se esse dispositivo desvinculado de postura descritiva, semântica ou, principalmente, hermenêutica, mas sim metodológica, ante a sua inserção em tópico impróprio ou, ao menos, inadequado, consoante a ótica interpretativa adotada.

A pessoa que é legalmente casada, enquanto não dissolvido seu matrimônio, está impossibilitada de se casar com quem quer que seja; se assim o é, ao que parece, essa pessoa está incapacitada para convolar novas núpcias, e não impedida de contrair outro casamento.

Nesse aspecto, o inciso em comento está relacionado à incapacidade matrimonial, e naquele capítulo haveria de ser inserido.

Posta como impedimento matrimonial, é-se obrigado a aplicar-lhe todas as consequências legais alusivas ao impedimento, sobretudo a nulidade absoluta do casamento posterior. Sendo de ordem pública, esses impedimentos podem ser opostos por qualquer pessoa capaz, por representante do Ministério Público, pelo magistrado e pelo oficial do Registro Civil, para estes como dever de ofício (art. 1.522 e parágrafo único do CC de 2002), ainda na fase administrativa do processo de habilitação.

Eventual questionamento sobre a eventual eficácia do segundo matrimônio, se apresentada como incapacidade matrimonial, dissipa-se com a defesa seguinte: se a monogamia é um princípio imanente ao casamento no sistema jurídico brasileiro, o seu inadimplemento resulta em patente inexistência o ato matrimonial realizado; o novo ato celebrado com pessoa já legalmente casada é juridicamente inexistente, ao qual se aplicam, como se verificará, os reflexos da nulidade.

⁵³¹ Ensina José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini que “(...) a monogamia teria sido a liminar condição da família humana. (...) não foi a civilização que produziu a monogamia, mas, ao revés, foi esta uma das condições originárias da própria civilização.” (Do vínculo conjugal, p. 77). Decorre ela (monogamia), segundo relata Eduardo de Oliveira Leite, “(...) da mais tradicional e inquebrantável postura do mundo ocidental; quem é casado está proibido de contrair novas núpcias.” (*Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 51).

As consequências jurídicas do “segundo” matrimônio serão idênticas às atuais, contudo, quanto à metodologia, o dispositivo estaria encartado em tópico apropriado à sua concepção.

Neste momento, há que sobrestar o curso do trabalho para uma breve análise da concessão de efeitos legais aos relacionamentos de pessoas casadas, mas, com as quais haja a *separação de fato*.

Em título inovador, o Código Civil de 2002 trata da união estável, delineando-a no seu artigo 1.723, cujo parágrafo 1º determina que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521”, ressaltando, em sua parte final, que se houver separação de fato ou judicial, não se aplicará a regra impeditiva, ou seja, a pessoa legalmente casada, entretanto, separada de fato ou judicialmente, poderá constituir uma união estável com terceira pessoa, aplicando-se todos os efeitos legais a esse relacionamento.

Essa disciplina tem como fito primordial a concessão de eficácia à nova família constituída, não pelo casamento, mas sim pela união estável; o legislador abandona regras matrimoniais, põe o casamento em segundo plano, para realçar a família, o vínculo afetivo e amoroso constituído. Entre o casamento e a família, preferiu-se a validade dessa união. Aliás, de há muito Zeno Veloso já discorria: “Pela existência de um casamento que não existe, ou que existe somente nos arquivos cartorais, não se deve desconsiderar uma união duradoura, contínua, séria, constituída para criar e manter uma entidade familiar. *Tratar-se-á, afinal, de uma família, que tem o direito de merecer o respeito e a proteção que são conferidos a quaisquer famílias dignamente formadas.*”⁵³² (destacou-se).

É a concessão de efeitos jurídicos à separação de fato, com o reconhecimento da família constituída por uma união estável.

⁵³² Zeno Veloso, *União estável: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência*, p. 75.

Em sequência a este trabalho, apresenta o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.523⁵³³, por derradeiro, as *causas suspensivas do casamento*⁵³⁴, cuja sanção legal, caso não sejam observadas, é a obrigatória celebração do matrimônio sob o regime da separação de bens (art. 1.641, inc. I do CC de 2002).

Possibilita a Lei Civil, no entanto, que os nubentes postulem a descaracterização dessas causas, desde que satisfaçam os requisitos embutidos no parágrafo único do mencionado artigo 1.523.

Enumera o artigo 1.524 do mesmo Código as pessoas que ostentam legitimidade ativa para opor a existência de uma causa suspensiva do casamento, sendo certo que, “porque interessam precipuamente à família, só podem ser argüidas pelos parentes próximos; nem o representante do Ministério Público tem direito de fazê-lo”⁵³⁵ e, complementa-se: “Justifica-se a restrição quanto à legitimação ativa acima descrita face à preponderância de interesses privados, uma vez que o impacto social do casamento contraído com a inobservância de causa suspensiva é infinitamente inferior ao dos impedimentos absolutos.”⁵³⁶

Ressalve-se unicamente, neste ponto, em face do contido no inciso III do artigo 1.523, que a pessoa divorciada deveria ter legitimidade ativa para argüir a existência de causa suspensiva do novo matrimônio de seu ex-cônjuge, ante a ausência de partilha do patrimônio anterior. Por isso, há que se empreender, no caso específico, a uma interpretação extensiva, fulcrada no princípio fundamental da cidadania – consoante o direito a ter direitos e, inclusive, de exercitá-los até mesmo judicialmente –, pois é o divorciado a pessoa que ostenta legítimo e preponderante, senão exclusivo, interesse em delatar a existência de causa suspensiva do casamento que se pretende contrair.

⁵³³ Note-se que, com a devida perspicácia, o legislador de 2002 dispõe que “não devem casar”, enquanto o de 1916 afirmava que “não podem casar”; em verdade, poder casar essas pessoas podem, todavia, não devem fazê-lo enquanto não satisfeitos os requisitos contidos no artigo em análise, pena do regime da separação obrigatória de bens. Aplausos, pois, para a novel legislação.

⁵³⁴ As causas suspensivas do casamento do Código Civil de 2002 equivalem aos impedimentos meramente proibitivos do Código Civil de 1916, disciplinados que estavam em seu artigo 183, incisos XIII a XVI.

⁵³⁵ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 90.

⁵³⁶ Camilo de Lelis Colani Barbosa, *Direito de família: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002*, p. 30.

Neste tópico, essa a única conotação que se faz concernente ao temário aqui proposto.

Cumpridas essas etapas procedimentais, expedida a certidão de habilitação, ante a inexistência de incapacidade nupcial, impedimento matrimonial ou causa suspensiva, os pretendentes estão aptos a convolar suas núpcias, em condições portanto de ser o casamento formalmente celebrado.

4.7 A celebração do casamento

A celebração do matrimônio é o ato jurídico mais solene previsto na Lei Civil, tanto que até as palavras a serem pronunciadas constam do texto legal.

Esse momento jurídico é de peculiar interesse para o discurso aqui empregado, pois é com a efetiva celebração do casamento que ele passa a produzir efeitos legais, e, por conseguinte, é a partir desse ato que a família conjugal estará constituída; destarte, o nexo entre o casamento e a família dele decorrente concentra-se na celebração do enlace.

Dita o artigo 1.535 do Código Civil de 2002 que a verbalização da celebração será realizada pelo presidente do ato, ou seja, a autoridade celebrante do matrimônio, donde merece ser indagado, mas quem é essa autoridade?

Para a resposta, duas situações jurídicas hão de ser consideradas: se o casamento é civil ou religioso com efeitos civis.

Estatui a Constituição republicana vigente, quanto ao *casamento civil*, em seu artigo 98, inciso II, que cada unidade da Federação, como a própria União, o Distrito Federal e os Territórios, haverá de criar a “justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”; em complemento, o

artigo 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina: “A legislação que criar a justiça de paz manterá os atuais juízes de paz até a posse dos novos titulares, assegurando-lhes os direitos e atribuições conferidos a estes, e designará o dia para a eleição prevista no artigo 98, II da Constituição.”⁵³⁷

O Poder Público deverá criar suas respectivas justiças de paz, todavia, enquanto assim não o fizer, continuará vigendo o modelo reinante até a data da posse dos juízes de paz formal e legalmente eleitos.

Em cada unidade federativa, a autoridade celebrante poderá ocupar cargos públicos diversos, sobretudo enquanto não houver a criação da justiça de paz.

No Estado de São Paulo, por exemplo, ainda não foi criada essa justiça e, como estatui o artigo 16 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual, prevalecerá até a sua devida criação e organização a modalidade vigente; nesse caso, nos termos do Decreto-Lei n. 13.375/47, a autoridade competente é o juiz de casamento.⁵³⁸

Esclarece Washington de Barros Monteiro que “não pode o juiz de casamentos ser substituído por outra autoridade, ainda que de maior categoria. Nem o juiz de direito, nem o desembargador, nem o ministro poderá fazer as vezes daquela autoridade pública, cuja função específica, além de privativa, é indelegável. Por previsão constitucional, ainda não implementada por lei, esse cargo passou a ser de caráter eletivo”.⁵³⁹

Maria Helena Diniz informa que “na maioria das unidades federativas, o juiz de paz é a autoridade competente, determinada pelas respectivas leis de organização judiciária”.⁵⁴⁰

⁵³⁷ A Constituição do Estado de São Paulo reprisa essa determinação federal em seu artigo 89, assim como, em suas disposições transitórias, o artigo 16 especifica: “Até a elaboração da lei que criar e organizar a Justiça de Paz, ficam mantidos os atuais juízes e suplentes de juiz de casamentos, até a posse de novos titulares, assegurando-lhes os direitos e atribuições conferidos aos juízes de paz de que tratam os artigos 98, II, da Constituição Federal, artigo 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e artigo 89 desta Constituição.”

⁵³⁸ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, p. 97.

⁵³⁹ Washington de Barros, Monteiro *Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 92-93.

⁵⁴⁰ Maria Helena Diniz, ob. cit., v. 5, p. 97.

Existem, todavia, algumas unidades da Federação que atribuem a outras personalidades judiciárias o exercício da função de juiz de casamento, como no Estado do Rio de Janeiro, que compete ao Juiz de Direito Corregedor do Registro Civil⁵⁴¹, nos termos do artigo 67, inciso I do Decreto-Lei n. 8.527/45; e também no Estado do Paraná, consoante o artigo 83, inciso VIII, letra “c” da Lei Estadual n. 4.667/62.⁵⁴²

Com efeito, enquanto cada Estado não criar sua respectiva justiça de paz, com o juiz de paz ocupando o cargo por eleição, com mandato certo e determinado, existirão essas divergências locais, regidas até então pelas leis de organização judiciária.

Quanto ao *matrimônio religioso com efeitos civis*, impera no Brasil o princípio da laicização, não-confessional ou laico, insculpido no artigo 5º, inciso VI da Carta da República de 1988, o que “significa que ele se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se, para o que o direito presta a sua ajuda pelo conferimento do recurso à personalidade jurídica. (...) Destarte, o princípio fundamental é o da não-colocação de dificuldades e embaraços à criação de igrejas”, na lição de Celso Ribeiro Bastos⁵⁴³. Neste país não impera qualquer credo religioso, inexistente a religião oficial brasileira, muito ao contrário, as pessoas estão libertas para professarem a crença que melhor lhes aprouver, até mesmo com liberdade de assunção agnóstica, o que importa concluir que a liberdade constitucionalmente assegurada é de ter ou não ter crença religiosa⁵⁴⁴; e, em a professando, inexistente obrigatoriedade para fazê-lo perante a Igreja Católica Apostólica Romana, que deixou de ser a religião adotada pelo Estado brasileiro.

Seguidor de um credo religioso, católico ou não, a pessoa poderá optar, como visto, por realizar o casamento no seu respectivo templo, perante sua irmandade, externando sua vontade matrimonial para o representante e promotor desse culto, e mais, que essa celebração também produza efeitos civis.

⁵⁴¹ Arnoldo Wald, *O novo direito de família*, p. 65.

⁵⁴² Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, p. 97.

⁵⁴³ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, p. 178.

⁵⁴⁴ Alexandre de Moraes leciona: “Ressalte-se que a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo.” (*Direito constitucional*, p. 58).

Nesse caso, a autoridade celebrante será o ministro religioso, e não o juiz de casamento ou de paz.

Em face dessas narrativas, infere-se que qualquer celebração religiosa consagrada por um ministro religioso, que será o celebrante das núpcias, estará em condições legais para produzir efeitos de casamento civil.

Alguns requisitos são imprescindíveis, contudo: primeiro, que seja uma religião conhecida e legalmente reconhecida, com personalidade jurídica (art. 44, inc. IV do CC/2002)⁵⁴⁵; depois, nos precisos e exatos dizeres do artigo 146, *caput* da Constituição da República de 1934 – decerto o parâmetro adequado, repetido em outras Cartas Federais brasileiras, mas esquecido na de 1988: “O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmo efeitos que o casamento civil (...)”; e, por derradeiro, a habilitação civil, antes ou depois da cerimônia religiosa, com o conseqüente registro.

Em face desse esquecimento constitucional, ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “No Direito anterior, a liberdade religiosa estava submetida ao respeito à ordem pública e aos bons costumes (EC n. 1/69, art. 153, § 5º). A omissão do Texto Maior das expressões ‘que não contrariem a ordem pública e os bons costumes’ não é de molde a sugerir que os cultos religiosos estejam autorizados a desrespeitar a ordem pública, pois sua manutenção deriva do próprio sistema jurídico como subjacente a ele.”⁵⁴⁶

Todo e qualquer ministro religioso, cuja crença professada seja reconhecida e não atente aos bons costumes e respeite a ordem pública, tem atribuições para celebrar a cerimônia religiosa; o casamento estará apto e em condições de, habilitado civilmente, produzir todos os legais efeitos do matrimônio civil, depois de registrado.

⁵⁴⁵ Esse inciso é inovador no sistema jurídico brasileiro, tanto que foi acrescido ao artigo 44 do Código Civil de 2002 com a edição da Lei n. 10.825, de 22 de dezembro de 2003.

⁵⁴⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 256.

Esse celebrante – pároco, padre, pastor, rabino, enfim, o responsável e representante do respectivo culto – é a autoridade competente para o casamento religioso com efeitos civis.⁵⁴⁷

O Projeto de Lei n. 6.960/2002 pretende acrescentar o parágrafo 2º ao artigo 1.512 e dar nova redação ao artigo 1.515, ambos do Código Civil de 2002, os quais passariam a ter os seguintes teores, respectivamente: “O casamento religioso, atendidos os princípios indicados no artigo 1.515, equipara-se ao civil desde que celebrado e registrado por entidade religiosa, devidamente habilitada junto à Corregedoria Geral de Justiça de cada Estado ou do Distrito Federal”; e “O casamento religioso, celebrado e registrado na forma do parágrafo 2º do artigo 1.512, e não atentando contra a monogamia, contra os princípios da legislação brasileira, contra a ordem pública e contra os bons costumes, poderá ser registrado pelos cônjuges no Registro Civil, em que for, pela primeira vez, domiciliado o casal.”

Cada religião possui os seus rituais, seus próprios cultos, suas especificidades na prática dos atos sacramentais, inclusive quanto à celebração do matrimônio; interessa à Lei Civil, para que conceda legalidade ao ato religioso, que a cerimônia realizara-se, que os pretendentes conscientemente tenham externado suas respectivas vontades positivamente e, por derradeiro, que a autoridade celebrante tenha referendado essas manifestações, reconhecendo esse homem e essa mulher como pessoas casadas.

Pontes de Miranda já lecionava: “As regras de competência para a celebração do casamento religioso são ‘regras jurídicas extra-estatais’ de cada confissão. Nenhuma ingerência tem a lei civil em tal matéria. Desde que o rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes (e o legislador ordinário de 1937 [Lei n. 379, de 16 de janeiro] entendeu exemplificar desde logo: Igreja Católica, culto protestante, grego, ortodoxo, israelita), está

⁵⁴⁷ Relatam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz que: “O Ministro Thompson Flores observou, por ocasião do julgamento do RE n. 88.324/RJ – Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 27 de novembro de 1979, que o ministro religioso exerce ‘as mesmas funções do funcionário civil encarregado desse ato’.” (*Curso de direito de família*, p. 158).

assegurada a celebração do casamento religioso segundo as regras de competência e de forma do seu respectivo direito matrimonial.”⁵⁴⁸

O que convém para os efeitos legais não é a forma pela qual o ato nupcial foi praticado, o rito e procedimento cultuados e profetizados, nem mesmo o credo professado – dêz que observados os princípios de ordem pública e bons costumes – mas sim a efetiva realização do casamento religioso entre um homem e uma mulher, na presença de um ministro religioso, que será a autoridade competente para a celebração do matrimônio.

Seja pois o juiz de paz, de casamento ou o ministro religioso celebrante, para que o casamento produza seus legais efeitos interessa é a manifestação de vontade externada pelos nubentes – com capacidade matrimonial e desimpedidos para convolar as núpcias –, na presença da respectiva autoridade, que confirmará a celebração do matrimônio e, por conseguinte, constituída estará uma nova família conjugal, consoante se depreende do artigo 1.514 do Código Civil de 2002.

Atenta-se para a possibilidade de ausência do pretendente no ato de celebração do enlace, conquanto esteja evidenciada a solenidade desse ato nupcial, dêz que representado por seu procurador legalmente constituído, o qual externará a vontade de seu constituinte – manifestação de vontade essa imprescindível; esse é o denominado *casamento por procuração*, com previsão no artigo 1.542 do Código Civil vigente, cuja procuração há de ser outorgada por instrumento público e com especiais poderes.⁵⁴⁹

Cite-se, por derradeiro, como forma especial de celebração do casamento, o *ato realizado perante autoridade diplomática ou consular*, com duas situações factíveis: a de

⁵⁴⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: direito de personalidade, direito de família, direito matrimonial...*, v. 7, p. 332. Nélon Godoy Bassil Dower cita o seguinte: “O casamento religioso é aquele que se passa perante a autoridade religiosa, e segundo o rito dos cultos religiosos. Quem tem legitimidade para celebrá-lo é o ministro católico apostólico romano, o protestante, o grego ortodoxo, o israelita e até o presidente do centro espírita.” (*Curso moderno de direito civil: família*, v. 5, p. 44). Assim já decidiu o antigo Tribunal de Justiça da Guanabara, ao julgar a Apelação Cível n. 20.488, por maioria de votos, com a seguinte ementa: “Não havendo em lei restrição, nos termos do princípio constitucional, não há como se negar validade a casamento realizado, com prévia habilitação, perante igreja espírita, quando, pelos seus estatutos, se evidencia a existência de uma religião, em seu conceito sociológico” (RT 436/230). Nélon Godoy Bassil Dower menciona, ainda, que “há, contudo, decisão contrária entendendo não ser o espiritismo uma religião (RT 232/172).”

⁵⁴⁹ Aliás, a publicidade do instrumento é inovação legislativa expressamente exigida pelo Código Civil de 2002, cujo artigo 1.535, *caput*, 1ª parte determina a presença do contraente ou de seu mandatário especial, no instante da celebração do casamento.

nubentes estrangeiros que se casam no Brasil, como a de brasileiros que se consorciaram no exterior.

Para os estrangeiros, o artigo 7º, parágrafo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil disciplina: “O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes”. Anota Maria Helena Diniz: “Assim sendo, o cônsul estrangeiro só poderá realizar matrimônio quando ambos os contraentes forem co-nacionais, cessando sua competência se um deles for de nacionalidade diversa. (...) O matrimônio de estrangeiros no Brasil poderá ser celebrado por autoridade consular desde que os nubentes e a autoridade diplomática tenham a mesma nacionalidade e que a lei nacional comum confira tal competência ao cônsul.”⁵⁵⁰

Faculta a norma legal, igualmente, que brasileiros casem-se no exterior perante a autoridade diplomática ou consular brasileira (art. 18 da LICC – com as observações contidas no art. 32, *caput* e seu § 1º da LRP), ressaltando-se, no entanto, o necessário registro no cartório do registro civil do respectivo domicílio, no prazo de cento e oitenta dias, assim que ambos ou um deles retornar sua residência ao Brasil (art. 1.544 do CC de 2002). Esclarece Camilo de Lelis Colani Barbosa que “o casamento de brasileiros realizado no exterior perante autoridade consular brasileira é regido pelas leis brasileiras, tanto no que pertine à sua constituição, quanto aos seus efeitos”.⁵⁵¹

4.8 O casamento nuncupativo

O Código Civil de 2002 possibilita a celebração do *casamento nuncupativo*⁵⁵² ou *in extremis* (*in extremis vitae momentis* ou *in articulo mortis*), consoante seus artigos 1.540 e 1.541, com previsão também na Lei de Registros Públicos (art. 76 e seus parágrafos).

⁵⁵⁰ Maria Helena Diniz, *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, p. 229.

⁵⁵¹ Camilo de Lelis Colani Barbosa, *Direito de família*: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002, p. 44.

⁵⁵² De Plácido e Silva ensina: “Nuncupação. Derivado do latim *nuncupatio*, de *nuncupare* (chamar, nomear ou dizer de viva voz), quer exprimir, na significação jurídica, o que é feito ou ordenado de viva voz, isto é, verbalmente ou oralmente. Opõe-se, dessa forma, ‘ao que se faz por escrito’. E quando se quer anotar ou indicar qualquer ‘nuncupação’, revelada em atos, em negócios, em contratos, em ordens, usa-se do adjetivo ‘nuncupativo’” (*Vocabulário jurídico*, v. 3, p. 262). Orlando Gomes acrescenta: “A denominação de ‘casamento nuncupativo’ dada a essa forma de celebração deve-se a Carlos de Carvalho, que assim o qualificou por analogia ao testamento feito também em circunstâncias excepcionais, para o qual se dispensam certas solenidades.” (*Direito de família*, p. 113).

Há que se dizer que o casuísmo desse casamento está embutido na própria legislação, uma vez que o artigo 1.540 oferece essa causa, cuidando da celebração matrimonial, sem a realização de quaisquer das formalidades legais (processo de habilitação, proclamas, certificado de habilitação, etc.), como também com a ausência da autoridade celebrante, em vista do iminente risco de vida que se encontra um dos pretendentes.

A filosofia desse ato é a celebração do matrimônio sem o cumprimento das formalidades legais, em decorrência da necessária urgência, pela condição de saúde em que se encontra um dos contraentes, haja vista que, se realizados todos os atos pormenorizadamente, decerto o casamento seria descartado, ante a escassez de condições e tempo.

Os princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana são sustentáculos exegéticos e de fundamentação dessa espécie de matrimônio, porquanto, acima das regras, diretrizes e formalidades impostas pelas normas legais, está a possibilidade da pessoa, no estertor de sua vida, ter o direito de se casar, mesmo que ainda não satisfeitos os procedimentos matrimoniais, sobrelevando-se a dignidade de sua vida, inclusive nos derradeiros momentos, do que o cumprimento de regras legais.

Mesmo os elementos vetores da convivência familiar – afeto, carinho, amor – são diretrizes interpretativas e de fundamentação da convalidação desse matrimônio, pois as pessoas optam por assim se casarem não por vontade própria, mas sim em decorrência de infortúnios da sua vida, cuja reciprocidade desses fatores asseguram a celebração desse vínculo conjugal.

Em detrimento de formalidades legais para a realização do ato nupcial, prevalecem os preceitos norteadores do relacionamento afetivo entre os parceiros, sobrepondo-se os fundamentos da cidadania e da dignidade sobre qualquer outra regra genérica matrimonial, conquanto tenha o próprio ato nuncupativo suas específicas formalidades.

Ante a peculiaridade dessa celebração, ressalta a lei expressamente que, como o autoridade competente estará ausente do ato nupcial, sejam satisfeitas outras formalidades,

quais sejam, a celebração do ato perante seis testemunhas, sem qualquer parentesco, em linha reta ou colateral, até o sexto grau, com os nubentes. E, completa o texto legislativo, em seu artigo 1.541, *caput*: “Realizado o casamento, devem as testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro em 10 (dez) dias, pedindo que lhe tome por termo a declaração de: I - que foram convocadas por parte do enfermo; II - que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo; III - que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher. (...)”⁵⁵³

Essa forma especial de celebração tem uma finalidade preponderante, que é o resguardo da vontade externada pelo pretendente que faleceu, a qual foi manifestada nos instantes finais de sua vida; essa formalidade não tem o fito de evitar a celebração do casamento, ao contrário, preserva a íntegra manutenção da vontade que fora exteriorizada pela pessoa agora falecida, assegurando a eficácia dos princípios da cidadania e da dignidade desse ser, mesmo depois de seu óbito.

Os efeitos do reconhecimento judicial do ato matrimonial são *ex tunc*, ou seja, reatragem à data da celebração perante as seis testemunhas (§ 4º).

Isso tudo se o então nubente, em iminente risco de vida, vier a falecer, porquanto, se ele convalescer, aplica-se o parágrafo 5º do mesmo artigo 1.541: “Serão dispensadas as formalidades deste e do artigo antecedente, se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro.”

Note-se que se trata de ratificação, portanto de confirmação do casamento já celebrado, isto é, não se celebra novo ato nupcial, somente se convalida o ato anteriormente realizado.

⁵⁵³ Interessante inovação apresenta o legislador de 2002 ao permitir que o pretendente sadio, isto é, o que não se encontra em iminente risco de vida, “poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo” (art. 1.542, § 2º), é o *casamento nuncupativo por procuração*, na expressão de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*; atualizado até 15.03.2002, p. 526). Sobre esse procedimento judicial, alerta Washington de Barros Monteiro que “na Capital de São Paulo, o juiz competente para a homologação do casamento nuncupativo é o de uma das Varas de Família e Sucessões (Cód. Jud. do Estado, art. 37, n. I, letra ‘a’)”, enquanto nas Comarcas sem a presença do juízo especializado será o juiz de direito cível, e recomenda a máxima cautela na análise de procedimentos tais, uma vez que, “por meio de casamento nuncupativo, forjado por aventureiros audazes, despojam-se os sucessores do enfermo de seus legítimos direitos hereditários” (*Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 101).

No artigo 1.539, o Código Civil de 2002 apresenta o *casamento em caso de moléstia grave*, o qual não se confunde com o casamento nuncupativo⁵⁵⁴, pois aquele é celebrado pela autoridade competente, ou por seu substituto legal, na presença do oficial do Registro Civil, o qual lavra o termo do ato realizado e, por isso, independente de posterior ratificação judicial, por testemunhas ou pelos nubentes. O que há de excepcional é que, em face da moléstia do pretendente, é o celebrante que a ele se apresenta para realizar o ato matrimonial, ainda que ausente o oficial do Registro Civil, que poderá ser substituído por qualquer outra pessoa nomeada como oficial *ad hoc*, consoante disciplinam os parágrafos 1º e 2º do sobredito artigo.

Com efeito, em benefício da família a ser constituída, e com amparo nos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, realiza-se também esse ato nupcial, cujo pretendente tem a pretensão de que seu afeto, carinho e amor para com o outro permaneçam perenes, independente das conseqüências que possam advir de moléstia grave que lhe aflige.

Pela família que se formará são descartadas algumas formalidades do matrimônio.

4.9 O registro do casamento

Depois de celebrado o casamento civil, em seqüência é formalizado o seu registro, com a expedição da respectiva certidão de casamento, a qual é prova cabal da existência legal do vínculo conjugal (art. 1.543, *caput*, do CC/2002).

O matrimônio religioso para produzir efeitos civis, da mesma forma, há de ser registrado, sendo a habilitação prévia ou não, tanto que, como visto, expedido o certificado de habilitação, os pretendentes terão noventa dias para celebrarem e registrarem o casamento, no primeiro caso, e, com posterior habilitação, o lapso temporal será idêntico, agora, para efetivarem o registro da cerimônia já realizada.

⁵⁵⁴ Anota Orlando Gomes que o casamento nuncupativo “distingue-se do ‘casamento urgente’ pela ausência de presidente do ato, pelo número de testemunhas, que são seis e não quatro [no Código Civil de 1916, artigo 198, *caput*, pois a Lei Civil vigente exige apenas duas testemunhas – art. 1.539, *caput*], pela sua qualidade, pois não podem ser parentes dos nubentes em grau proibido, e pelas formalidades posteriores” (*Direito de família*, p. 113).

O registro de casamento, portanto, é a prova plena e cabal da realização do matrimônio, cuja certidão dele extraída é o instrumento dessa comprovação; essa é a regra.

Entretanto, o próprio texto normativo excepciona essa regra geral, possibilitando a prova de um vínculo matrimonial por outra forma (art. 1.543, parágrafo único do CC/2002).

Nesse ponto, para o presente texto, algumas considerações merecem destaque.

A primeira delas relaciona-se à *posse do estado de casados*, prevista no artigo 1.545 do Código Civil de 2002, o qual estatui a impossibilidade de impugnação de casamento de pessoas falecidas ou que não possam manifestar suas vontades, tirante por certidão cartorária do registro de casamento de uma delas com terceiro; isso, sempre em benefício dos descendentes daquele casal que vivia na posse do estado de casados, ou, nos termos da lei: “(...) não se pode contestar em prejuízo da prole comum.”

Caracterizam a posse do estado de casados, segundo Caio Mário da Silva Pereira, os seguintes requisitos: “a) *nomem*, a mulher usava o nome do marido; b) *tractatus*, ambos se dispensavam ostensivamente o tratamento de casados; c) *fama*, e gozavam o conceito de que desfrutavam as pessoas casadas, assim no ambiente doméstico e familiar, como na sociedade. Vale dizer, é a situação em que duas pessoas vivam, ou tenham vivido, no ambiente social como marido e mulher, e assim serem tidas”⁵⁵⁵. Complementa Orlando Gomes que “não é suficiente, contudo, se desacompanhada de outra prova da celebração, pois, do contrário, o concubinato poderia converter-se em casamento”.⁵⁵⁶

Com efeito, essa posse de estado é uma demonstração supletiva da existência de um casamento, tanto que estabelece pressupostos básicos: comprovar o matrimônio pessoas impossibilitadas de externar suas vontades ou pessoas já falecidas; e a condição basilar e primordial para essa prova: em benefício da prole comum.

Esse dispositivo tem a finalidade precípua de amparar a prole nascida de um homem e uma mulher, cuja relação matrimonial não esteja demonstrada por certidão de

⁵⁵⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: direito de família*, v. 5, p. 125.

⁵⁵⁶ Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 115.

casamento expedida pelo registro civil; destarte, a intenção é amparar e proteger a família constituída por essa relação.

Nesse texto legal, encontra-se outra situação na qual se pode demonstrar a existência de um relacionamento como conjugal, ainda que se descartem princípios e formalidades essenciais, com o fito de proteger a família, ou seja, entre aqueles e esta, prefere-se a opção pelo vínculo familiar.

Outra consideração que se fará é a decorrente do artigo 1.546 do Código Civil vigente, que assim estatui: “Quando a prova da celebração legal do casamento resultar de processo judicial, o registro da sentença no livro do Registro Civil produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que respeita aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento”. Mais uma exceção à regra geral determinada no artigo 1.543, *caput* do mesmo Códex, possibilitada por seu próprio parágrafo único.

Sobre isso discorre Eduardo de Oliveira Leite: “O artigo consagra os efeitos da retroação sentencial mas, mais que isso, chancela a dimensão do afeto em detrimento do puro estéril formalismo”⁵⁵⁷; é a preferência pelo afeto e pela dignidade dos parceiros, afastando meras formalidades legais.

A última situação a ser considerada é a relacionada ao artigo 1.547 da Lei Civil de 2002, que estabelece o princípio do *in dubio pro matrimonio*, “(...) que se aplica quanto à dúvida sobre existência de celebração, vale dizer, se foi ou não efetivada a cerimônia de que não se apresenta registro, ou impossível se mostra a consecução da prova correspondente. Não se discute, pois, nesse plano, validade de casamento, mas apenas existência”.⁵⁵⁸

Como alerta Sílvia Rodrigues, “(...) é pressuposto para a aplicação do texto ocorrer litígio sobre a existência do casamento, sem que haja prova convincente de um ou de outro lado”⁵⁵⁹. Efetivamente, assim o é, pois expressa o sobredito artigo 1.547: “Na

⁵⁵⁷ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 94.

⁵⁵⁸ Carlos Alberto Bittar, *Direito de família*, p. 109.

⁵⁵⁹ Sílvia Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 73.

dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados.”

Assim sendo, controvertidas as provas coligidas aos autos em que se debate a existência ou não de um matrimônio, o magistrado deverá inclinar-se pela primeira, ou seja, *in dubio pro matrimonio*; novamente, prevalece a família constituída, em face de formalidades matrimoniais.

4.10 Da presunção de paternidade

Como anotado linhas passadas, no que tange à filiação, impera o princípio constitucional da plena igualdade entre os filhos, nada importando a origem dessa filiação – vinculada ou não a um casamento válido –, tanto que o imposto no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição da República está reprisado *ipsis litteris* no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.596 do Código Civil em vigência.

Tal qual no Código de 1916, a Lei Civil atual estabelece a presunção de paternidade, a denominada presunção *pater is est* (*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*), ou seja, o filho de mulher legalmente casada é reputado filho do seu marido, “(...) até que este, sendo o caso, prove o contrário, valendo-se para tanto da ação negatória de paternidade”, consoante narrativa de Antonio Carlos Marcato.⁵⁶⁰

A novidade agora é a presunção de paternidade decorrente de procriação assistida, inclusive *post mortem*, consoante se depreende do artigo 1.597 do Código atual⁵⁶¹, nos seguintes termos: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação

⁵⁶⁰ Antonio Carlos Marcato, *Reconhecimento dos filhos ilegítimos*, p. 137. Na narrativa de Lafayette Rodrigues Pereira: “A ‘presunção legal’ é a seguinte: o filho concebido na constância do matrimônio é reputado ter por pai o marido de sua mãe.” (*Direitos de família*, p. 232).

⁵⁶¹ Esse artigo 1.597 despertou muitas análises, tanto na I Jornada quanto na III Jornada de Direito Civil, haja vista que, por aquela, foram aprovados os Enunciados ns. 104 a 107 e 126 a 129 e, pela última, os ns. 257 e 258.

artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Os incisos I e II reprisam a legislação revogada, encontrando-se nos seguintes (III, IV e V) o ineditismo mencionado.

Destaque-se, desde logo, que o Projeto de Lei n. 6.960 de 2002 acrescenta parágrafo único ao referido artigo 1.597, com o teor a seguir: “Cessa a presunção de paternidade do primeiro marido se, à época da concepção, os cônjuges estavam separados de fato”, isso porque a separação de fato, ao menos em tese, cessa a coabitação entre os cônjuges, o que descaracteriza a presunção de paternidade.

Com fundo meramente elucidativo, anota-se que “(...) homóloga é a inseminação promovida com o material genético (sêmen e óvulo) dos próprios cônjuges; heteróloga é a fecundação realizada com material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando-se ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge; e, por fim, embriões excedentários são aqueles resultantes da inseminação promovida *in vitro*, ainda não introduzidos no útero materno”.⁵⁶²

Neste ponto, merece ser dito que eloqüentes e perspicazes críticas são aforadas ao Código Civil de 2002, sendo certo que o argumento negativo que as fundamenta é a ausência de maior, melhor e adequada disciplina sobre o modo e efeitos dessa procriação artificial, dizendo-se que o legislador foi incauto ao admitir somente a presunção *pater is est*, sem delimitar outras consequências legais, uma vez que, afora as descrições transcritas, nada mais se alinhavou sobre a procriação artificial.

Francisco Amaral, no entanto, defende essa carência disciplinar, “por ser matéria de ‘alta especificidade técnica’, que ultrapassa o campo jurídico”⁵⁶³, ao menos em nível de codificação, com a necessária promulgação de norma ordinária específica para sua

⁵⁶² Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 314.

⁵⁶³ Francisco Amaral, *Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro*, 208.

eskorreita regulamentação, donde haverá de valer-se de outros ramos da ciência, com a evidente interdisciplinariedade da jurídica com a biologia e a medicina, principalmente.

O que interessa para o presente estudo, efetivamente, é o que estatuem os artigos 1.600 e 1.602, ambos da Lei Civil em vigência, cujo teor do primeiro é o seguinte: “Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”; e, do outro: “Não basta a confissão materna para excluir a paternidade”; isso tudo porque a negatória de paternidade é exclusiva do marido da mulher casada que procriou, ou seja, a contestação da paternidade é personalíssima faculdade do pai presumido, e de ninguém mais (art. 1.601 do CC/2002).⁵⁶⁴

O casamento estabelece a presunção de paternidade dos filhos da mulher legalmente casada ao seu marido, sendo certo que nenhuma pessoa, afora ele, o pai presumido, pode contestar essa paternidade, ainda que a própria esposa confesse um eventual adultério, até porque, conquanto tenha ele ocorrido, “(...) o filho bem pode ser do marido, e, na dúvida, prevalece a presunção em favor da legitimidade”⁵⁶⁵, fato plenamente verossímil e natural, ratificando a paternidade biológica do esposo da mãe do infante.

Destaca Eduardo de Oliveira Leite: “Embora a norma resgate a presunção da paternidade em detrimento da verdade real biológica, o dispositivo legal acabou

⁵⁶⁴ O artigo 1.601 determina: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único - Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”. Inolvidável, contudo, a possibilidade dessa discussão parental em ações reflexas, tais como em investigação de paternidade promovida pelo indigitado filho ou em reconhecimento de filiação proposta pelo co-autor do dito adultério, consoante ressalva Sílvia Rodrigues: “Esta motivação, todavia, restringe apenas a iniciativa da ação negatória de paternidade (tal qual expressamente previsto na legislação anterior), não impedindo que a filiação venha a ser discutida mediante outras ações.” (*Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 304). Pelo Projeto de Lei n. 6.960 de 2002, o artigo 1.601 estará redigido assim: “O direito de contestar a relação de filiação é imprescritível e cabe, privativamente, às seguintes pessoas: I - ao filho; II - àqueles declarados como pai e mãe no registro de nascimento; III - ao pai e à mãe biológicos; IV - a quem demonstrar legítimo interesse. § 1º - Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação; § 2º - A relação de filiação oriunda de adoção não poderá ser contestada; § 3º - O marido não pode contestar a filiação que resultou de inseminação artificial por ele consentida; também não pode contestar a filiação, salvo se provar erro, dolo ou coação, se declarou no registro que era seu o filho que teve a sua mulher; § 4º - A recusa injustificada à realização das provas médico-legais acarreta a presunção da existência da relação de filiação”. Em contraponto, o Projeto de Lei n. 4.946/2005 pretende revogar os aludidos artigos 1.600 e 1.602, sob a justificativa de serem ofensivos à dignidade da mulher casada, e, ao mesmo tempo, acrescentar o parágrafo 2º ao artigo 1.601, com a seguinte redação: “Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filiação, ou a hipótese do inciso V do artigo 1.597”. As I e III Jornadas de Direito Civil, respectivamente, pelos Enunciados ns. 130 e 258, oferecem modificações ao artigo 1.601.

⁵⁶⁵ Lafayette Rodrigues Pereira, *Direitos de família*, p. 236.

favorecendo a proteção da família sócio-afetiva, pois, desconsiderando a confissão da origem biológica reforçou (ou tutelou) o interesse maior da criança, em manifesta conformidade com os valores constitucionais (princípio da paternidade responsável) e do maior interesse do menor (resgatado no ECA).⁵⁶⁶

Assim também anota Silvio Luís Ferreira da Rocha: “O novo Código Civil, na linha do Código anterior, objetivando preservar o matrimônio, não aceitou nem a prova de adultério da mulher nem a confissão da mulher como suficiente a ilidir a presunção de paternidade.”⁵⁶⁷

O legislador está protegendo a família constituída pelo matrimônio e, com isso, valorando a relação afetiva estabelecida entre o pai presumido, mesmo que não biológico, com o filho de sua mulher; destarte, no cotejo entre o vínculo consangüíneo e o afetuofo, pode este preponderar, como destaca Rolf Madaleno, o verdadeiro pai é o que cria, não aquele que simplesmente procria, pois “(...) o verdadeiro pai é aquele que efetivamente se ocupa da função parental”.⁵⁶⁸

4.11 Dissolução da sociedade conjugal e do casamento

A dissolução da sociedade conjugal é tema ligado ao âmago do casamento, pois, por sistemática lógica, é pressuposto básico para que se possa falar em sua dissolução. Optou-se pelo seu exame porque, pelo término do casamento, surgirão e decorrerão vários efeitos legais e jurídicos; interessante para este trabalho, no entanto, o efeito primeiro e proeminente, que é a extinção da família matrimonial ou conjugal.

Constituída que fora pela celebração do casamento, essa família perde sua existência no mundo do direito com a dissolução da sociedade conjugal, nada obstante permanecerem íntegros e perenes alguns efeitos decorrentes de sua antecedente eficácia, assim como outros terão durabilidade efêmera.

⁵⁶⁶ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 214.

⁵⁶⁷ Silvio Luís Ferreira da Rocha, *Introdução ao direito de família*, p. 151.

⁵⁶⁸ Rolf Madaleno, *Direito de família em pauta*, p. 18-19.

Inolvidável é que, existindo prole nascida dessa família, com sua extinção decorrerá a transmutação em outro vínculo familiar; nascerá a família monoparental ou, para ser mais exato, dois novos vínculos familiares monoparentais, um entre o pai e seus filhos, outro entre estes e a genitora.

Neste tópico, far-se-á um relato de quais são as formas de dissolução da sociedade conjugal e, por conseguinte, do casamento, com pinceladas em seus modos de operacionalização, pontos essenciais, inovadores ou polêmicos, e descrição de eventuais efeitos que delas possam decorrer, sempre com prioritário enfoque nos preceitos norteadores de interpretação das regras de ordem familiar e nos princípios constitucionais fundamentais, sendo certo que o foco central a ser perseguido será o casamento e a família dele decorrente, ou seja, o nexo de causa e efeito, inclusive neste tópico, entre o vínculo familiar e o matrimonial.

Há que se diferenciar, desde logo, a dissolução ou término da sociedade conjugal da dissolução do casamento, que são situações jurídicas próprias e distintas, etapas escalonadas para se atingir a outra.⁵⁶⁹

Leciona Maria Helena Diniz: “O casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos consortes, suas relações e suas obrigações recíprocas, tanto as morais como as materiais, e seus deveres para com a família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio, é um instituto jurídico menor do que o casamento, regendo, apenas, o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada um deles. Daí não se poder confundir o vínculo matrimonial com a sociedade conjugal.”⁵⁷⁰

O artigo 1.571 do Código Civil de 2002, ao inaugurar o capítulo relativo à Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal, determina: “A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio”, cujo parágrafo 1º complementa: “O

⁵⁶⁹ Camilo de Lelis Colani Barbosa ensina: “Tem-se, na prática, como principal consequência dessa opção, o fato de não ser possível contrair novo casamento, salvo se a pessoa for viúva ou divorciada.” (*Direito de família*: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002, p. 89).

⁵⁷⁰ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família, v. 5, p. 216.

casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.”⁵⁷¹

Com efeito, dissolve-se somente a sociedade conjugal, mantendo-se íntegro o vínculo matrimonial, com a separação judicial e nulidades, absoluta e relativa, do casamento; enquanto o óbito e o divórcio, além de terminarem com a sociedade, dissolvem, desintegram, terminam também com o próprio vínculo conjugal, ou seja, com o casamento.

Todas as causas dissolvem a sociedade conjugal, mas somente o divórcio e a morte dissolvem igualmente o vínculo matrimonial.

Nem sempre foi assim no direito positivo brasileiro, uma vez que, em tempos não muito distantes, o casamento era indissolúvel, salvo pelo falecimento de um dos cônjuges, pois as demais causas apenas terminavam com a sociedade conjugal, mantendo o vínculo; inexistia o instituto jurídico do divórcio, tal qual em sua atual concepção que dissolve o matrimônio.

Para delimitação deste trabalho, apresentar-se-á uma rápida história sobre a mudança legislativa no direito positivo brasileiro acerca da dissolubilidade do matrimônio, desde a fase colonial, até os dias contemporâneos; em seguida, enfocar-se-á cada qual das causas de dissolução da sociedade conjugal e do próprio casamento, as quais estão anotadas no sobredito texto legal.

4.11.1 Histórico legislativo

É imperativo um discurso histórico panorâmico da legislação brasileira sobre a dissolução do casamento, com relato das normas infra e constitucionais que tiveram direta implicação nesse temário, intercalando-se em ordem cronológica umas com as outras.

⁵⁷¹ O Projeto de Lei n. 4.948, de março de 2005, de autoria do Deputado Antonio Carlos Biscaia, pretende acrescentar o parágrafo 3º a esse artigo 1.571, com a seguinte redação: “Na separação e no divórcio deverá o juiz incentivar a prática de mediação familiar”. Igual disposição encontra-se no Projeto de Lei n. 4.945/2005, do mesmo Deputado Federal, todavia, dando nova redação ao parágrafo 2º do mesmo artigo.

Enquanto Colônia do Reino, no Brasil vigiam as normas legais de Portugal, sobretudo as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas; como visto, esta última viveu até a edição do Código Civil de 1916, com vida mais longa aqui do que no seu país criador.

Com a Independência brasileira, proclamada em 1822, logo depois foi outorgada a Constituição Imperial de 1824, que nada disciplinou sobre a dissolução do casamento, até porque reinava a harmonia entre o Poder e a Igreja Católica Apostólica Romana, tendo esta todo domínio sobre as questões relacionadas ao casamento, em face dos cânones do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispo da Bahia – vigentes pelo Decreto de 3 de novembro de 1827 –, sendo o casamento indissolúvel, permitida apenas a separação pessoal decorrente do *divortium quoad thorum et habitationem* – separação de cama e mesa –, ou seja, o divórcio com sua expressão canônica.

A Constituição da República de 1891, em face do rompimento do Estado com a Igreja, reconheceu simplesmente o casamento civil como forma de união entre um homem e uma mulher (artigo 72, § 4º); todavia, nada disciplinou sobre a dissolubilidade dessa união.

No interregno entre as duas Cartas de Lei, fora editado o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que, ao implantar o casamento civil no Brasil, possibilitou o divórcio; ditava em seu artigo 88, no entanto, que “o divorcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regimen dos bens, como si o casamento fosse dissolvido”, ou seja, o casamento era indissolúvel.⁵⁷²

Em 1916 foi sancionado o Código Civil brasileiro, com vigência a partir de 1917, em cuja redação originária seu artigo 315 assim disciplinava: “A sociedade conjugal termina: I - Pela morte de um dos conjuges. II - Pela nullidade ou annullação do casamento. III - Pelo desquite, amigavel ou judicial”. E seu parágrafo único completava: “O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos conjuges, não se lhe applicando a presumpção estabelecida neste Codigo, art. 10, 2ª parte.”⁵⁷³

⁵⁷² Historia Yussef Said Cahali que, quando da edição do mencionado Decreto n. 181/1890, “(...) o Min. Campos Sales levou a Deodoro proposta relativa à adoção do divórcio no Brasil. Mas, ante a resistência, a nova lei limitou-se à implantação do casamento civil” (*Divórcio e separação*, p. 40).

⁵⁷³ Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 739.

Sobre esse dispositivo legal e o momento histórico em que fora promulgado, merece descrição o comentário de Clóvis Beviláqua: “Na discussão do Código Civil, na Câmara dos deputados, em 1901, foi debatida, com solemnidade excepcional, a preferência entre o desquite e o divórcio. Anísio de Abreu, Fausto Cardoso, Adolpho Gordo Carlos Perdigão, Vergne de Abreu, Sá Peixoto, defenderam o divórcio. Combateram-no: M. F. Correia, Alencar Araripe, Andrade Figueira, Coelho Rodrigues, Gabriel Ferreira, Guedelha Mourão e Lima Drummond.”⁵⁷⁴

Mantida a indissolubilidade do matrimônio pelo Código Civil de 1916, posteriormente, em 1934, foi outorgada nova Carta Federal republicana que expressamente, em seu artigo 144, *caput*, constitucionaliza essa indissolubilidade.⁵⁷⁵

A indissolubilidade do matrimônio foi reprisada nas Constituições da República de 1937 (art. 124), 1946 (art. 163, *caput*), 1967 (art. 167, § 1º) e na Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (art. 175, § 1º).⁵⁷⁶

Em 28 de julho de 1977, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 9, assim determinando: “Artigo 1º - O parágrafo 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Artigo 175 - (...) § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.’ Artigo 2º - A separação, de que trata o parágrafo 1º do artigo 175 poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.”

⁵⁷⁴ Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 743.

⁵⁷⁵ Adolpho Eugênio Soares Filho, então relator do projeto constituinte, discursou em 6 de fevereiro de 1934, perante a Comissão Constitucional, nos seguintes termos: “É melhor dizer claramente, sem rebuscos, na Constituição, que o casamento é indissolúvel, do que como o fez a Constituição de 1891, timidamente silenciando a respeito, deixando margem a discussões improfícuas, em dispositivo simplicíssimo, o que, nem por isso, respeitando a tradição, os bons costumes, deixou de ser indissolúvel, como já o era, heroicamente resistindo aos seus demolidores.” (INDISSOLUBILIDADE do casamento nas Constituições brasileiras, p. 70).

⁵⁷⁶ Yussef Said Cahali continua a historiar o seguinte: “(...) ainda na vigência da Constituição de 1946, várias tentativas foram feitas no sentido da introdução do divórcio no Brasil, fosse de modo indireto, através do ‘divórcio disfarçado’ representado pelo acréscimo de uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial (art. 219 do CC) (...) fosse por via de emenda constitucional visando a suprimir do artigo 163 daquela Constituição as expressões ‘de vínculo indissolúvel’, adicionadas ao casamento civil”, as quais não lograram êxito. Menciona outrossim que na Emenda Constitucional n. 1/1969 constava quórum especial para analisar projeto relacionado a divórcio, qual seja, dois terços de senadores e de deputados federais, respectivamente 44 e 207. Apresentada a Emenda Constitucional n. 5, de 12 de março de 1975, “(...) em sessão de 8 de maio de 1975, a emenda obteria maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o *quorum* exigido de dois terços” (*Divórcio e separação*, p. 41).

Era a constitucionalização da dissolução do matrimônio.

Infere-se, no entanto, que não foi uma plena e total dissolução, pois só se chegaria ao divórcio pela conversão da separação judicial, inexistindo o divórcio direto; e mais, esse texto constitucional haveria de ser regulamentado por lei ordinária.

Assim se processou com a edição da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, rotulada de Lei do Divórcio.

A Constituição Federal de 1988, denominada democrática e cidadã, trata do assunto em seu artigo 226, parágrafo 6º, com o teor seguinte: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Destarte, o casamento é civil – podendo o religioso produzir efeitos civis – e dissolúvel, tanto pela conversão da separação judicial em divórcio, como diretamente pelo divórcio.

Para cumprir essa nova orientação constitucional, que alterou os prazos para decretação do divórcio, direto ou indireto, foram editadas leis ordinárias que adaptaram a Lei do Divórcio a essas regras, as quais serão apresentadas em discurso próprio sobre o divórcio.

Por último, foi editado o Código Civil de 2002, em cujo artigo 1.571, acima transcrito, está estampada a dissolução do casamento pelo divórcio, que poderá ser direto ou por conversão da separação judicial em divórcio, consoante regra a norma constitucional de 1988.

4.11.2 O óbito

A morte de um dos cônjuges motiva a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal – “(...) não equiparável aos meios voluntários de dissolução”⁵⁷⁷ – e, ao se falar em óbito, com o novel Código Civil, esses resultados rompedores são aplicados à morte

⁵⁷⁷ Luiz Edson Fachin, *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 196.

natural⁵⁷⁸ – como sempre o foi e, evidentemente, haveria de sê-lo, por ser contingência inata à natureza humana, sendo, em verdade, “a causa ‘normal’ da dissolução do casamento”, nas palavras de Diogo Leite de Campos⁵⁷⁹ – e à presunção de morte, decorrente esta da declaração judicial de ausência, novidade positivada pela legislação Civil de 2002.

Destarte, tanto a morte real como a presumida são causas de dissolução do casamento civil brasileiro.

O artigo 6º do Código Civil de 2002 dispõe: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”. Se com a morte natural ou real a pessoa humana termina sua existência terrena, cuja personalidade jurídica extingue-se, por conseguinte todas as relações de fato e jurídicas das quais ela participava estarão extintas, inclusive o seu vínculo matrimonial eventualmente existente; deveras, a morte real dissolve o casamento e sua respectiva sociedade conjugal.

Maiores divagações são despiciendas, ante a precisa e cristalina ilação que se extrai do texto e da natural interpretação dessa ocorrência inata ao ser humano.

Estatui o sobredito dispositivo, contudo, que a ausência judicialmente declarada motiva a presunção de morte do ausente e, como dita o artigo 1.571, parágrafo 1º, do Código Civil de 2002, essa morte presumida é causa justificadora da dissolução do casamento, como anota Yussef Said Cahali, “agora, com o *Novo Código Civil*, os efeitos pessoais da declaração judicial da ausência passam a desfrutar de maior amplitude, na medida em que, tal como na morte real, é causa de dissolução do casamento do ausente”.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ Camilo de Lelis Colani Barbosa opina: “Consiste a morte no meio natural de dissolução do casamento e do vínculo conjugal. Natural, pois o evento morte independe da vontade dos cônjuges, ao contrário, por exemplo, da separação judicial e do divórcio.” (*Direito de família: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002*, p. 89).

⁵⁷⁹ Diogo Leite de Campos, *Lições de direito da família e das sucessões*, p. 283.

⁵⁸⁰ Yussef Said Cahali, *Divórcio e separação*, p. 70. Em anotações aos dispositivos do Projeto de Lei do Código Civil, Álvaro Villaça Azevedo e Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos defendiam a inclusão da morte presumida, inclusive pela ausência, como causa de dissolução do matrimônio, pois “(...) não tem cabimento vedar a seu cônjuge um novo casamento e tampouco obrigá-lo a outro procedimento judicial, o do divórcio, além daquele já realizado sobre a ausência, para obter a dissolução do vínculo conjugal e poder casar-se outra vez” (Sugestões ao projeto de Código Civil: direito de família, p. 32).

No que tange à ausência, cujo instituto está disciplinado entre os artigos 22 e 39 do Código Civil vigente, na sua Parte Geral – novidade topográfica, uma vez que, na legislação de 1916, era tratada no direito assistencial, ao lado da tutela e da curatela, no livro de Direito de Família, em sua Parte Especial –, algumas considerações merecem ser retratadas.

Há que se frisar, desde logo, como assinalado, que a decretação da ausência, no direito positivo brasileiro produz agora efeitos patrimoniais e pessoais, como anota Maria Helena Diniz: “Admite-se, portanto, a morte presumida, na qual se considera alguém como falecido em virtude de seu desaparecimento por longo tempo. Todavia, será necessário lembrar que nesse ponto o novo Código Civil inova, pois no direito anterior a morte presumida de um dos consortes só produzia efeitos de ordem patrimonial ou sucessória, por mais longo que fosse o período do desaparecimento, não dissolvendo, portanto, o casamento, ficando o outro cônjuge num estado de semivivez, sem direito a nova união matrimonial (...).”⁵⁸¹

Ao romper o vínculo matrimonial pela ausência, declarada judicialmente e depois da abertura da sucessão definitiva, nos ditames do artigo 6º, parte final do Código Civil de 2002, o cônjuge do ausente assume o estado civil de viúvo, como narra Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “A respeito dos reflexos da declaração da ausência no que toca ao vínculo conjugal do ausente, o novo Código Civil alterou a sistemática do Código Civil de 1916 – cuja regra era prevista no art. 315, parágrafo único –, para o fim de admitir a mudança do estado civil dos cônjuges e, portanto, permitir a produção do efeito do rompimento do vínculo, conforme se observa pela leitura do artigo 1.571, parágrafo 1º do novo texto codificado. Nos casos de morte presumida, de qualquer modo, há a extinção do vínculo, fazendo com que o cônjuge passe a ter o estado civil de viúvo.”⁵⁸²

Ponto que merece atenção é o do momento em que a ausência produz os efeitos de dissolução do casamento, pois o artigo 6º do Código Civil de 2002 expressa que a ausência produzirá os efeitos da presunção de morte “nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva”. Afirma Hélio Borghi que “(...) a morte presumida do ausente só se

⁵⁸¹ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, p. 218.

⁵⁸² Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Da ausência*, p. 29-30.

configura no momento da conversão da sucessão provisória em definitiva”⁵⁸³ e Regina Beatriz Tavares da Silva completa que essa presunção de morte usurpará de um lapso temporal de no mínimo onze anos, desde o desaparecimento da pessoa.⁵⁸⁴

A declaração judicial de ausência, por si só, não tem o condão de dissolver o casamento da pessoa ausente, dissolução essa que somente surtirá efeitos legais a partir do instante em que ela tiver natureza de morte presumida, a qual só se tipifica, no direito positivo brasileiro, quando houver a possibilidade da abertura da sucessão definitiva, que surgirá depois de dez anos do trânsito em julgado da instauração da sucessão provisória, nos ditames do artigo 37 do Código Civil de 2002 que, por seu turno, poderá ser pleiteada após o transcurso de um ano da arrecadação dos bens do ausente, consoante disciplina o artigo 26 do mesmo Códex. Por isso, a sobredita anotação quanto ao lapso temporal mínimo de onze anos para que ocorra a dissolução do matrimônio do ausente por sua presunção de morte.

Esse prazo sofrerá redução para um lustro, caso o ausente possua mais de oitenta anos de idade e pelo menos cinco anos de desaparecimento, conforme dita o artigo 38 do Código Civil vigente.

Uma inquietação há de ser desvendada: e se o ausente retornar ao seu domicílio, após a abertura da sucessão definitiva, portanto quando seu casamento já fora considerado dissolvido; em decorrência, seu ex-cônjuge convolou novas núpcias com terceira pessoa; prevalece a eficácia desse segundo matrimônio? A lei brasileira é silente sobre a solução a ser empreendida a essa casuística.

Citam os doutrinadores brasileiros dois textos legais alienígenas, paradoxais entre si, que ofertam soluções para essa casuística.

Um deles é o direito alemão, que assim disciplina: “Aqui o segundo casamento, contra o § 1314 al. 1 BGB, somente pode ser anulado quando ambos os cônjuges, quando da celebração do casamento, sabiam que aquele cônjuge declarado morto ainda vivia no momento da declaração judicial de óbito (§ 1319 al. 1 BGB). *Se eles não tinham*

⁵⁸³ Hélio Borghi, A ausência vista atualmente e no futuro Código Civil, p. 57.

⁵⁸⁴ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, 37. ed., 2004, v. 2, p. 239.

*conhecimento disto, o casamento com o declarado morto se dissolve quando da celebração do novo casamento (§ 1319 al. 2 BGB).*⁵⁸⁵ – destacou-se.

Na Itália a solução é oposta, pois “em caso de declaração da morte presumida do ausente, o cônjuge pode se casar novamente, com a observação de que, se o ausente retorna – ou se é comprovada sua sobrevivência –, o segundo casamento é considerado nulo”.⁵⁸⁶

Estatui o artigo 117 do Código Civil italiano: “(...) o matrimônio contraído pelo cônjuge do ausente não pode ser impugnado enquanto durar a ausência.”⁵⁸⁷

Sobre isso discorre Lodovico Barassi: “Quando uma pessoa é declarada ausente (art. 48) o matrimônio não sofre nenhum dano; e por rigor da lógica imporá ao cônjuge do ausente não contrair um outro. Mas em toda esta matéria a lógica não apresenta uma boa solução. E assim, por razões de conveniência prática, o art. 117 inciso 2º, no exemplo do precedente 113 inciso 2º, exclui apesar disto que o matrimônio de novo contraído pelo cônjuge do ausente possa ser impugnado. Portanto não é crime de bigamia.”⁵⁸⁸

Contudo, complementam Iolanda Pepe e Rosa Ambrosio: “D) O retorno ou a prova da existência do presumidamente morto. Ao verificar-se uma de tais circunstâncias faz cessar os efeitos da declaração *ex nunc* (do momento, isto é, do retorno); efetivamente: – os bens são restituídos ao presumido morto no estado em que se encontravam no momento do seu retorno (e não como os tinha deixado); – o eventual matrimônio contraído pelo cônjuge é ‘nulo’ (Trabucchi) ou ‘anulável’ (Torrente): em todo caso, porém, são de fato salvaguardados os seus efeitos civis. A anulação não prejudica os filhos, os quais

⁵⁸⁵ Wilfried Schlüter, *Código Civil alemão: direito de família*, p. 80.

⁵⁸⁶ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Da ausência*, p. 30.

⁵⁸⁷ No original: “(...) il matrimonio contratto dal coniuge dell’assente non può essere impugnato finché dura l’assenza”.

⁵⁸⁸ No original: “Quando una persona è dichiarata assente (art. 48) il matrimonio non subisce scossa alcuna; e a rigor la logica imporrebbe al coniuge dell’assente di non contrarne un altro. Ma in tutta questa materia la logica non fa la più bella figura. E così, per ragioni di convenienza pratica, l’art. 117 comma 2º, sull’esempio del precedente 113 comma 2º, esclude che malgrado ciò il matrimonio di nuovo contratto dal coniuge dell’assente possa essere impugnato. Quindi non vi è reato di bigamia.” (Lodovico Barassi, *La famiglia legittima: nel nuovo Codice Civile*, p. 67 – Tradução livre).

permanecem legítimos. Se aplicam os princípios que a lei (art. 128 C.C.) estabelece para o matrimônio putativo.”⁵⁸⁹

Destarte, para o direito italiano, prevalece a eficácia jurídica do primeiro matrimônio, ou seja, o ausente será considerado juridicamente casado e o casamento de seu cônjuge com terceira pessoa invalidado; na Alemanha, com o retorno do ausente, seu ex-cônjuge estará legalmente casado com a outra pessoa, pois dissolvido está efetiva e eficazmente, inclusive no âmbito jurídico, o primeiro casamento.⁵⁹⁰

A solução equânime, ao que parece, é a alemã – não obstante ter sido o direito italiano a base orientadora do novo Código brasileiro –, porquanto, se a declaração de ausência produz efeitos de morte presumida, mormente depois de satisfeitos os requisitos legais para a abertura da sucessão definitiva – portanto, quando da conversão da provisória em definitiva –, inclusive com a dissolução do matrimônio do cônjuge ausente, contraídas novas núpcias, essa será válida e eficaz para os efeitos jurídicos, salvo comprovada má-fé do ex-cônjuge do ausente, sabedor que era do seu paradeiro.

Yussef Said Cahali pronuncia-se por essa interpretação legislativa: “Entende-se, assim que, no sistema ora implantado em nosso direito, a declaração judicial da ausência de um dos cônjuges produz os efeitos de morte real do mesmo no sentido de ‘tornar irreversível a dissolução da sociedade conjugal’; o seu retorno a qualquer tempo em nada interfere no novo casamento do outro cônjuge, que tem preservada, assim, a sua plena validade.”⁵⁹¹

⁵⁸⁹ No original: “D) Il ritorno o la prova dell’esistenza del presunto morto. Il verificarsi di una de tali circostanze fa cessare gli effetti della dichiarazione ‘ex nunc’ (dal momento, cioè, del ritorno); infatti: – i ‘beni’ sono restituiti al ‘presunto morto’ nello stato in cui si trovano al momento del suo ritorno (e non come li há lasciati); – l’eventuale matrimonio contratto dal coniuge è ‘nullo’ (Trabucchi) o ‘annullabile’ (Torrente): in ogni caso, però, sono fatti salvi i suoi effetti civili: L’annullamento ‘non’ pregiudica i figli, i quali restano ‘legittimi’. Si applicano i principi che la legge (art. 128 c.c.) stabilisce per il ‘matrimonio putativo’.” (Iolanda Pepe; Rosa Ambrosio, *Diritto civile: istituzioni di diritto privato*, p. 48 – Tradução livre).

⁵⁹⁰ Em Portugal, Diogo Leite de Campos informa que “a declaração de morte presumida não dissolve o casamento, mas o cônjuge do ausente tem a faculdade de contrair novo casamento, dissolvendo-se o primeiro pela celebração do segundo. Se o ausente regressar, ou houver notícias de que era vivo no momento em que foram celebradas as novas núpcias, o primeiro matrimônio considera-se dissolvido por divórcio à data da declaração de morte presumida (artigos 115º e 116º do Código Civil)” (*Lições de direito da família e das sucessões*, p. 283).

⁵⁹¹ Yussef Said Cahali, *Divórcio e separação*, p. 70.

Interessante seria, no entanto, que a legislação brasileira expressamente adotasse uma solução plausível, como alerta Francisco José Cahali, “que, *de lege ferenda*, melhor seria a opção do direito alemão, perdendo o novo Código boa oportunidade para dar um adequado tratamento à questão, até porque cria o problema ao permitir o novo casamento quando declarada a morte presumida do cônjuge”.⁵⁹²

Aliás, com o novo matrimônio do ex-cônjuge do ausente, uma nova família foi constituída, a qual merece ser preservada, até porque a decorrente do anterior casamento dissolvido pela ausência já se transformou em uma nova relação familiar, agora em âmbito monoparental, situações essas, ante o decurso do lapso temporal necessário, encontram-se sedimentadas.

Validado o segundo consórcio matrimonial, com a manutenção da dissolução do primeiro pela ausência, validados estarão, por conseguinte, dois novos vínculos familiares: um, que é monoparental, entre o ex-cônjuge do ausente com a eventual prole dessa relação; outro, da nova família conjugal ou matrimonial (entre o ex-cônjuge do ausente e seu atual consorte). Solidificados e preservados esses novos convívios familiares, estarão eles plenamente protegidos.

Outra ótica hermenêutica a sufragar a tese da validade do segundo matrimônio é a prevalência do princípio da dignidade com relação ao ex-cônjuge do ausente, pois não é crível e justificável que permaneça ele por tempo infinito aguardando eventual retorno do cônjuge; o espaço temporal necessário para o reconhecimento da ausência e, por consequência, da dissolução do matrimônio, é mais do que suficiente para reconhecer que o cônjuge presente agiu condignamente na expectativa do retorno do ausente.

Transcorrido todo esse tempo sem a volta ao lar do outro cônjuge, está garantido ao consorte que ali permaneceu o direito de contrair novas núpcias, cuja validade e eficácia desta prevalecerá se porventura aquele regressar; isso demonstra a pertinência do princípio da cidadania, em face do direito de celebrar novo enlace.

⁵⁹² Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 433.

A busca pela felicidade e a liberdade de agir, inerentes à dignidade da pessoa humana, são princípios que fundamentam e garantem a celebração de novo matrimônio pelo cônjuge presente, uma vez que, afora o seu legítimo direito de ser feliz, pelo princípio da liberdade, ostenta ele a faculdade de constituir novo relacionamento, desvinculando-se do anterior pela prolongada ausência do outro cônjuge do lar conjugal, fato esse reconhecido e declarado em juízo.

Some-se ainda que decerto, ante o lapso temporal transcorrido, esfacelados estejam os preceitos afetuosos e amorosos que corroboraram a constituição do relacionamento precedente, tanto que outra relação matrimonial foi celebrada, mais um fator a comprovar a digna validade desta última.

Seguida, pois, a interpretação alemã, preservados estarão todos os relacionamentos familiares constituídos.

Ressalve-se, sempre, o imprescindível desconhecimento sobre o paradeiro do cônjuge ausente por parte do que permanece no lar conjugal, pois, em quaisquer das situações possíveis, se demonstrada e comprovada a ciência de sua localização, ou seja, de que a ausência existia apenas em seara judicial, a consequência razoável é, aí sim, a invalidade do segundo casamento, ante o vício que macula a declaração da ausência. Viciada essa decisão, fatalmente eivado o matrimônio seguinte, constituído com base em irreal e inverídica dissolução do anterior.

Outro ponto que merece destaque é a disciplina da morte presumida contida no artigo 7º do Código Civil de 2002, nestes termos: “Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra”, cujo parágrafo único completa: “A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.”

Novidade no Código Civil vigente a morte presumida sem que seja reconhecida judicialmente a ausência⁵⁹³; análoga situação jurídica possuía vigência no direito positivo brasileiro com a Lei de Registros Públicos, cujo artigo 88 a regulamenta mediante justificação judicial.⁵⁹⁴

Há que se indagar: aplica-se a dissolução do casamento à morte presumida, judicialmente justificada e declarada, com fulcro no artigo 7º acima transcrito, ou somente à presunção de morte que decorre da ausência?

A parte final do parágrafo 1º do artigo 1.571 diz que a dissolução pela morte é extensiva à presunção estabelecida ao ausente, todavia, sentencia Yussef Said Cahali: “(...) não temos dúvida em reconhecer que a morte presumida declarada por sentença, mesmo sem declaração de ausência, nas condições do artigo 7º, desfruta da mesma eficácia correspondente à morte real, como causa da dissolução da sociedade conjugal.”⁵⁹⁵

⁵⁹³ Ressaltam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “O CC 9º I impõe o registros dos óbitos. O atestado médico é o documento que comprova a certeza do fato morte. Só pode ser lavrado por profissional inscrito no CRM. A certidão de óbito, que é ato do oficial do registro civil de pessoa natural do lugar onde o falecimento se deu, só pode ser lavrada à vista do atestado médico ou da declaração de duas pessoas qualificadas que tenham presenciado ou verificado a morte (LRP 77 c/c 80 8º). A certidão de óbito é condição para o sepultamento (LRP 77 e 78). Se a morte não puder ser comprovada, deve ser justificado judicialmente o óbito (LRP 88 par. ún.), utilizando-se o interessado do procedimento do CPC 861 a 866. Não confundir com os casos de ausência previstos no CC 22 e 23.” (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*: atualizado até 15.03.2002, p. 13).

⁵⁹⁴ Dispõe a Lei Registrária: “Poderão os juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame” (art. 88), cujo parágrafo único complementa: “Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito”. Em comentários a esse texto legal Walter Ceneviva afirma: “Três são os eventos a serem demonstrados pelo interessado no assento, por todos os meios legais e moralmente legítimos: a) ocorrência da catástrofe; b) presença da pessoa desaparecida no local do desastre; c) impossibilidade de encontro de cadáver, para exame. Nos acidentes aéreos a hipótese mais freqüente não é a da impossibilidade de encontro do cadáver, mas a da recomposição dos corpos das vítimas, de modo a permitir sua adequada identificação. (...) A prova de morte presumida do soldado em operação de guerra se submete à legislação militar específica, que regula a ‘possibilidade’ do registro, na forma do artigo 85.” (*Leis dos registros públicos comentada*, p. 156). Ao discorrer sobre esse mesmo texto legal, Hélio Borghi menciona “(...) como exemplo clássico o caso do Deputado Ulisses Guimarães, visto que o helicóptero em que viajava com outras pessoas caiu no mar, na localidade de Angra dos Reis, há alguns anos, e seu corpo jamais foi encontrado, ao contrário dos demais ocupantes do aparelho” (A ausência vista atualmente e no futuro Código Civil, p. 42).

⁵⁹⁵ Yussef Said Cahali, *Divórcio e separação*, p. 71. Em igual sentir a posição de Maria Helena Diniz: “A ‘morte’ real ou presumida de um dos consortes não dissolve apenas a sociedade conjugal, mas também o vínculo matrimonial, de maneira que o sobrevivente poderá convolar novas núpcias.” (*Curso de direito civil brasileiro*: direito de família, v. 5, p. 216), uma vez que, ao tratar da morte presumida, fê-lo de modo genérico, sem restringir os efeitos exclusivamente à ausência.

Deveras, esse parágrafo do artigo 1.571 merece ser interpretado de modo extensivo, com o fito de manter coesão entre todo o sistema jurídico, pois inexistente justificativa para a concessão de efeitos dissolúveis do casamento para a ausência, como morte presumida, e denegar iguais conseqüências às demais hipóteses legais de presunção de óbito, as quais somente repercutirão no mundo do direito, após o reconhecimento judicial.

Para situações jurídicas análogas, os seus efeitos hão de ser idênticos, pena de criarem-se iniquidades.

4.11.3 As nulidades matrimoniais

As nulidades, absoluta ou relativa, do casamento implicam no término da sociedade conjugal, e a questão ao matrimônio propriamente dito é desconsiderada, pois se havia nulidade é porque esse enlace possuía um vício, uma mácula, uma irregularidade, de maior ou menor proporção, mas estava contaminada a relação jurídica, a qual fora reconhecida e declarada judicialmente, denotando a invalidade do ato nupcial; destarte, em sendo ela inválida e ineficaz juridicamente, não se há que falar em sua dissolução, ante a defeituosa constituição do ato jurídico; simplesmente, o ato que se pensava válido e eficaz, não o é; inexistente motivo, portanto, para se indagar da dissolução daquilo que era inválido e ineficaz em seu nascedouro.⁵⁹⁶

Lafayette Rodrigues Pereira anota, quanto ao matrimônio nulo, que importa no término da sociedade conjugal, “(...) a sentença de nulidade, quando o casamento não é julgado ‘putativo’, torna-o írrito desde o momento da celebração; e, pois, a uma tal sentença não se pode reputar ‘modo’ de dissolução da sociedade conjugal: ela não dissolve, declara que a sociedade nunca existiu”.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ Segundo Fabrício Zamprogna Mattiello: “O vínculo matrimonial, quando regularmente constituído, não é passível de anulação, nem se rompe pela separação judicial. A dissolução do matrimônio válido opera-se exclusivamente através da morte do cônjuge (*pleno jure*) ou do divórcio (consensual ou litigioso, direto ou por conversão).” (*Código Civil comentado*, p. 1.023).

⁵⁹⁷ Lafayette Rodrigues Pereira, *Direitos de família*, p. 93.

Quanto ao anulável, pronuncia-se Orlando Gomes: “A sentença anulatória não dissolve apenas a sociedade conjugal; dissolve o casamento. Suas conseqüências jurídicas são iguais às do divórcio. Do mesmo modo que nesta, pode haver declaração de culpabilidade. Anulado o casamento, pode cada cônjuge contrair novas núpcias, como se fora viúvo ou divorciado.”⁵⁹⁸

Luiz Edson Fachin referenda que “nulidade e anulação podem, em alguma medida, não ser reputadas modos de dissolução da sociedade conjugal, o ato nulo o é desde o momento em que foi praticado, vício originário de nulidade. A dissolução, a rigor, pressupõe o casamento civil válido. Por tal razão, a nulidade não seria um modo propriamente dito de dissolução. No tocante à anulação haveria algum sentido no dissolver casamento de validade pendente. Ao menos do ponto de vista de sua eficácia, até o momento da prolação da sentença”.⁵⁹⁹

Preciso o texto da Lei Civil (art. 1.571, § 1º, 1ª parte), ao dispor que só a morte, real ou presumida, e o divórcio é que dissolvem o casamento válido, porquanto, em sendo reconhecida judicialmente a nulidade ou anulação do vínculo matrimonial, conduz-se à solução de que válida essa relação não era; há sim a prolação de uma sentença que reconhece a sua invalidade jurídica, a qual, por isso, está inapta a produzir seus efeitos jurídicos, salvante a declaração de putatividade, que se verá logo mais.⁶⁰⁰

Camilo de Lelis Colani Barbosa narra que “o casamento sujeita-se a requisitos para ser considerado existente e válido. Clara, entretanto, é a opção do legislador civil brasileiro no que diz respeito ao sistema de nulidades dos negócios jurídicos. Com efeito,

⁵⁹⁸ Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 209.

⁵⁹⁹ Luiz Edson Fachin, *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 198-199.

⁶⁰⁰ Em comentários ao artigo 1.563 do Código Civil de 2002, afirma Fabrício Zamproga Mattiello o seguinte: “Reconhecendo a procedência da ação, o juiz decretará a nulidade do matrimônio. A sentença assim proferida tem eficácia *ex tunc*, ou seja, retroage à data da celebração do casamento, eis que afirmada a sua invalidade desde então. Na hipótese de casamento anulável, a eficácia da sentença será *ex nunc*, isto é, verifica-se a partir da data do trânsito em julgado, conservados os resultados jurídicos produzidos até aquela data” (*Código Civil comentado*, p. 1.016). Sob a égide do Código Civil de 1916, Francisco José Cahali informava: “(...) domina na doutrina o entendimento no sentido de que a sentença de ‘nulidade’ produz efeitos *ex tunc*, ao passo que a sentença de ‘anulação’ do casamento produz efeitos *ex nunc*.” (Ação de nulidade e anulação do casamento, p. 174). Esse artigo 1.563, pelo Projeto de Lei n. 6.960/2002, ditará: “A sentença que decretar a nulidade ou a anulação do casamento retroagirá à data de sua celebração, sem prejudicar o direito dos filhos comuns, nem a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.”

para a lei civil brasileira o negócio jurídico será nulo ou anulável, caso não sejam observados os mencionados requisitos, não se admitindo, como fazem outras legislações, a categoria da inexistência”.⁶⁰¹

O casamento, no Brasil, dependendo da gravidade do vício que o macula, será nulo ou anulável, todavia não se cogita da condição de inexistência do matrimônio, ou, por outra, o casamento inexistente é instituto jurídico desconsiderado pelo direito positivo brasileiro, como também o era na vigência do Código Civil de 1916.

Malgrado a inexistência de positivação, faz-se mister um breve enfoque sobre o *casamento inexistente*, pois ao se falar de nulidade matrimonial, não há como dele se desvincular, nada obstante as divergências doutrinárias acerca de sua eficácia e aplicabilidade.

A teoria do ato jurídico inexistente ressoa com fervor em seara doutrinária jurídica, sobretudo no direito de família, com especificidade no âmbito matrimonial, como ressaltam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz⁶⁰²; nesse ponto, explica Pontes de Miranda a categoria do casamento inexistente: “É preciso que não se confundam os ‘impedimentos’ e os ‘pressupostos necessários’ à existência do matrimônio. Se bem que todos sejam causas impeditivas, os obstáculos à existência do casamento são evidentes e têm valor absoluto, são consubstanciais ao contrato do matrimônio, de modo que os Códigos nem sequer os mencionam. (...) A distinção entre *matrimonium non existens* e *matrimonium nullum* a que correspondem as expressões portuguesas ‘casamento não-existente’ ou ‘casamento inexistente’ e ‘casamento nulo’ (bem como ‘casamento anulável’), e as expressões alemãs *Nicht-Ehe*, ou *Nichtehe*, *nichtige Ehe* (bem como *anfechtbare Ehge*), não depende do direito positivo: é dicotomia fundamental intrínseca, porque tudo que não é casamento, ou não basta para que a lei considere casamento, é não-casamento, e pois *matrimonium non existens*, se se apresenta e se se pretende seja casamento. O suporte fáctico não entrou no mundo jurídico.”⁶⁰³

⁶⁰¹ Camilo de Lelis Colani Barbosa, *Direito de família: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002*, p. 51.

⁶⁰² José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz proclamam: “Nascida no Direito de Família e, mais especificamente, no Direito Matrimonial, a categoria da inexistência passou a ser aplicada também à teoria geral dos negócios jurídicos.” (*Curso de direito de família*, p. 210).

⁶⁰³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: direito de personalidade, direito de família, direito matrimonial...*, v. 7, p. 364.

Há elementos intrínseca e essencialmente ligados ao ato nupcial, descritos com coerência no artigo 1.514 do Código Civil de 2002, quais sejam a diversidade de sexos entre os cônjuges, a celebração pela autoridade competente e a manifestação de vontade dos nubentes; ausente quaisquer deles, afirma a doutrina que o casamento inexiste, o matrimônio é inexistente, por falta de requisito fático de existência do ato conjugal. Destarte, não se fala em ato nulo ou anulável, e sim em sua inexistência.

Se houver a celebração de um ato entre pessoas do mesmo sexo, existe aí um fato, todavia não é casamento, pois falta um elemento essencial para a própria constituição do instituto matrimonial, qual seja a diversidade de sexos entre os nubentes. De igual modo, se um homem e uma mulher assumirem-se como marido e mulher, haverá entre eles um fato jurídico em sentido amplo, mas casamento formal inexiste, ante a ausência da celebração do ato pela autoridade competente (juiz de paz). Por fim, há que se acrescentar, nessa última hipótese, se há celebração pela autoridade, todavia, os pretendentes é que não externaram suas respectivas vontades positivas, casamento legalmente também inexiste, pela falta de manifestação de vontade dos nubentes.

Em todas essas situações houve a prática de um fato jurídico em sentido amplo, entretanto matrimônio inexiste, pois falta elemento essencial de formação do ato casamento. A cogitação acerca da nulidade ou não desse ato, enquanto casamento, é questão secundária, haja vista que, se para o mundo jurídico ele inexiste, nem se passa à análise seguinte, qual seja, de indagar-se se ele é válido ou não.

Ao tratar genericamente do fato jurídico, em monografia específica, doutrina Antônio Junqueira de Azevedo o seguinte: “Fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, ‘existência jurídica’. A incidência da norma determina, como diz Pontes de Miranda, sua entrada no mundo jurídico. O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos. Tem ele, portanto, eficácia jurídica’. (...) Em tese, porém, o exame de qualquer fato jurídico deve ser feito em dois planos: primeiramente, é preciso verificar se se reúnem os elementos de fato para que ele exista (‘plano de existência’);

depois, suposta a existência, verificar se ele passa a produzir efeitos (‘plano de eficácia’).”⁶⁰⁴

Ressalta Yussef Said Cahali que a utilidade da concepção relativa ao ato e, portanto, também do casamento inexistente, decorre de sua praticidade, que se sobressalta à própria orientação dogmática, pois, em tese, o ato inexistente dispensa um reconhecimento judicial por ser um nada jurídico, contrariamente ao ato nulo ou anulável, todavia “(...) alegada em juízo a inexistência do casamento, o julgador pode ter de apreciá-la em sentença, mas não se trata, aí, de uma declaração de nulidade, e sim de simples constatação de um fato. (...) em princípio, nem mesmo há necessidade de ação visando declarar a inexistência, embora, se a alegação depender de prova, se reclame procedimento judicial, ainda que com tramitação menos rigorosa.”⁶⁰⁵

A praticidade e efetividade da inexistência do ato, inclusive e sobretudo no que tange ao casamento, é verídica, necessária e, às vezes, indispensável, porquanto o ato poderá consubstanciar-se em um documento público – assento de casamento lavrado no Registro Civil – que o materializa por instrumento de prova – certidão de casamento expedida –, o que resulta na imprescindível manifestação judicial para o dissipar do mundo de direito.

Em todas as três situações fáticas acima relacionadas dessume-se que, em sua essência, não existe o ato matrimonial, ante a ausência de seus elementos intrínsecos e essenciais; todavia, lavrado o assento de casamento, juridicamente esse ato existe e está apto, em tese, a produzir efeitos legais, o que resulta no necessário e imprescindível reconhecimento de sua nulidade, com o fito de extirpá-lo do mundo do direito; do contrário, poderão os “cônjuges” valerem-se da respectiva certidão de casamento para comprovarem o estado civil de “casados”.

⁶⁰⁴ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, p. 23-24.

⁶⁰⁵ Yussef Said Cahali, *O casamento putativo*, p. 51. Kazuo Watanabe referenda nos seguintes termos: “O casamento inexistente, para seu reconhecimento, dispensa qualquer pronunciamento jurisdicional. Poderá, por vezes, pela dúvida quanto à imposição de um dos elementos essenciais (v.g., existência, ou não, de consentimento), levar um dos cônjuges a reclamar do Poder Judiciário um provimento a respeito. Será sempre, porém, ação meramente declaratória. Nesse sentido a opinião comum dos doutrinadores.” (Breve reflexão sobre a natureza jurídica da sentença de nulidade de casamento, p. 20).

Sílvia Rodrigues arremata: “Todavia, se foi lavrado o assento de casamento, não importa que os nubentes tenham o mesmo sexo, que a celebração tenha sido presidida por pessoa inteiramente incompetente, ou não haja um dos nubentes manifestado seu consentimento. Existe um fato, juridicamente relevante, que pode ser nulo e não gerar efeitos na órbita do Direito, mas que existe em face dele. Não se trata de fato jurídico, porque sua ilicitude tira-lhe essa condição. Mas é um fato que existe em face do Direito. Ora, para cancelar aquele registro, exige a lei uma ação ordinária, revestida de todas as solenidades reclamadas para a ação de nulidade do casamento, pois só por meio dessa ação é que se resguardam os interesses das partes e o da sociedade.”⁶⁰⁶

Em situação análoga, Sílvio de Salvo Venosa indica a seguinte solução: “Nessa ação, inelutavelmente o pedido é de declaração de inexistência do negócio. Fica também bem claro na natureza preponderantemente declaratória dessa sentença, e ainda que as cargas secundárias de mandamentabilidade e desconstitutividade também sejam ponderáveis. Há efeito mandamental porque será expedido mandado de cancelamento ao Registro Civil; há efeito secundário desconstitutivo também porque a ‘aparência’ do estado de casado desaparece.”⁶⁰⁷

Anota Francisco José Cahali, por derradeiro, que “embora excepcionalmente rara, a jurisprudência de nossos tribunais já tem sido instada ao reconhecimento de situação que se define como de casamento inexistente, em razão da identidade de sexo dos nubentes, especificamente de duas mulheres: em ação de nulidade do casamento, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (*RT* 572:189), em pedido de cancelamento do registro civil de casamento, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (*RJTJSP* 106:47)”.⁶⁰⁸

Todavia, repita-se, essa tese do ato inexistente, como do casamento que inexiste, não encontra ressonância no direito positivo brasileiro, patenteando-se a nulidade do matrimônio como meio jurídico próprio e adequado para análise do fato.

Ao se prosseguir com as nulidades do matrimônio, há que se narrar agora os motivos justificadores ao reconhecimento da *nulidade absoluta do casamento*, ou

⁶⁰⁶ Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 83.

⁶⁰⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 115.

⁶⁰⁸ Francisco José Cahali, *Ação de nulidade e anulação do casamento*, p. 154.

simplesmente *nulidade matrimonial*; estatui o artigo 1.548 do Código Civil em vigor que é nulo o matrimônio contraído por pessoa incapaz, absoluta ou relativamente, por enfermidade mental, e, ainda, com infração aos impedimentos matrimoniais.

Efetivamente, como se analisou, o casamento está fulcrado na manifestação de vontade dos nubentes, de sorte que inexistindo essa exteriorização, o ato nupcial inexistente; mas, se for externada por pessoa incapacitada civilmente, ela (a manifestação de vontade) não estará apta a produzir os seus efeitos legais, porquanto, para que essa vontade possa surtir esses efeitos, imprescindível é que ela seja manifestada por quem tenha plena capacidade civil e discernimento para o fazer.⁶⁰⁹

A finalidade desse dispositivo é preservar a dignidade da pessoa do incapaz, pois fora induzido a praticar um ato para o qual não ostenta discernimento suficiente para aquilatar sua repercussão fática e jurídica. Preservado é também o princípio da cidadania pois, apesar da ausência de seu discernimento, haverá alguma pessoa ou até mesmo o Poder Público em condições de exigir o respeito e cumprimento dos direitos inerentes à sua personalidade.

Igualmente será nulo o matrimônio celebrado com a incidência de quaisquer dos impedimentos matrimoniais relacionados no artigo 1.521, incisos I a VII do Código Civil de 2002, ou seja, daquelas pessoas que a lei expressamente veda a realização das núpcias com outra, certa e determinada.

Ressalte-se que qualquer pessoa interessada ou mesmo o Ministério Público tem legitimidade ativa para promover o reconhecimento do casamento nulo (art. 1.549 do CC/2002)⁶¹⁰, todavia, ao contrário do que ocorre nas nulidades dos atos jurídicos em geral (art. 168, parágrafo único do CC/2002), o juiz não o pode reconhecer *ex officio*, “(...)

⁶⁰⁹ Deve-se lembrar a crítica que Paulo Lins e Silva faz ao inciso I do artigo 1.548 do Código Civil de 2002, cuja exclusão seria mais plausível, pois está embutido nas regras do artigo 1.550, inciso IV do mesmo diploma, justificando que “nos dias atuais, com o avanço da área neurológica da medicina, um enfermo mental pode ter momentos de lucidez e consentir com a realização de seu casamento, que por sua vez, pelo texto do novo Código Civil, seria totalmente nulo, quando, na realidade, está mais próximo da anulabilidade”. (Da nulidade e da anulação do casamento, p. 37).

⁶¹⁰ Eduardo de Oliveira Leite justifica os interesses legitimadores: “a) legítimo interesse moral – os cônjuges, ascendentes, descendentes, irmãos e cunhados; b) legítimo interesse econômico – os filhos do leito anterior, os colaterais sucessíveis, os credores dos cônjuges e adquirentes de seus bens; c) legítimo interesse social – o representante do Ministério Público.” (*Direito civil aplicado*: direito de família, v. 5, p. 103).

portanto, em hipótese alguma, será declarada sem provocação, de ofício pela autoridade judicante, devendo ser proclamada apenas na sentença que se proferir, em ação ajuizada especialmente com essa finalidade; fora dele, não se pronuncia nem a nulidade nem a anulação do casamento”.⁶¹¹

Na fase de habilitação ao matrimônio, o magistrado não só pode, como efetivamente deve declarar o eventual impedimento que souber ou chegar ao seu conhecimento (art. 1.522 do CC/2002); depois da celebração, somente em provimento jurisdicional em ação anulatória específica é que se pronunciará sobre a nulidade do casamento.

A anulação (nulidade relativa) do casamento, por outro lado, será reconhecida nas hipóteses enumeradas no artigo 1.550, incisos I a VI do Código Civil de 2002, com as ressalvas específicas contidas nos artigos 1.551 e seguintes do mesmo Códex.

Em face do temário aqui enfocado, far-se-á um passeio por essas causas anotadas no artigo 1.550 do Código Civil, com breves paradas nos pontos que mereçam um olhar mais acurado.

A ausência da idade nupcial pode resultar na anulação do casamento (inc. I), todavia, como referido em tópico anterior, em benefício da família que se constituiu, esse ato anulatório incurrerá em caso de gravidez (art. 1.551 do CC/2002), e mais, o ato matrimonial poderá ser sanado, nos ditames do artigo 1.553 do Código Civil vigente.⁶¹²

O inciso II refere-se ao casamento de pessoa com capacidade matrimonial, mas sem a plena capacidade civil, por isso dependente de consentimento para se casar, o qual não obtivera e, mesmo assim, o ato nupcial ocorreu.

⁶¹¹ Francisco José Cahali, *Ação de nulidade e anulação do casamento*, p. 157.

⁶¹² Pontes de Miranda, em discurso sobre as nulidades sanáveis e insanáveis, sob a égide do Código Civil de 1916, quando assegurava que as nulidades relativas eram todas sanáveis; as absolutas, somente uma era sanável, qual seja, “(...) a que provém da celebração do ato por autoridade incompetente, nulidade que desaparecerá se não se alegar dentro de dois anos a partir da realização do casamento” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito de família*, v. 1, p. 310-311). Essa nulidade absoluta, agora, como se verá, está tipificada como relativa, ou seja, causa de anulabilidade do casamento (art. 1.550, VI do CC/2002); destarte, por esse raciocínio, hodiernamente, todas as nulidades absolutas são insanáveis, enquanto as relativas são todas sanáveis.

Sobre esse casamento, o artigo 1.555 do Código Civil vigente oferece regras específicas, inclusive com lapso temporal exíguo para a arguição judicial do vício matrimonial, sempre com o fito de priorizar a família decorrente desse relacionamento que, com o passar, estará cada vez mais estruturada e solidificada, tanto que informa Fabrício Zamproga Matiello: “Trata-se de prazo decadencial, de maneira que, esgotado *in albis*, o matrimônio não mais poderá ser anulado com base na causa legal estatuída na presente norma.”⁶¹³

Nesses casos, não se pode olvidar as ressalvas e prevalências relacionadas ao prioritário e absoluto princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, sobrepujando-se, se necessário, à própria constituição da família, caso conflitem.

O vício da vontade pode gerar a anulabilidade do casamento (inc. III), todavia com expressas reservas legais dispostas em artigos subsequentes.

A primeira delas dita o erro essencial como motivador do vício (art. 1.556 do CC/2002), cujo artigo 1.557 do mesmo Códex oferece o delineamento legal sobre esse erro. Leciona J. M. Carvalho Santos: “(...) O erro essencial, suficiente para tornar anulável qualquer ato, se ele influiu para a declaração da vontade, em se tratando de casamento não é bastante. A lei exige mais: somente o erro essencial quanto à pessoa de um dos cônjuges autoriza o outro, vítima do erro, a pedir a anulação do casamento; e ainda assim, mesmo o erro essencial quanto à pessoa, carece ser de tal gravidade que seja capaz de justificar a anulação, por tornar insuportável a vida em comum.”⁶¹⁴

Alípio Silveira sintetiza: “O erro essencial é o erro que vicia o consentimento, e pertence à mesma categoria do erro substancial, que serve de fundamento à anulação dos atos jurídicos em geral.”⁶¹⁵

⁶¹³ Fabrício Zamproga Matiello, *Código civil comentado*, p. 1.008.

⁶¹⁴ João Manuel de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 4, p. 218.

⁶¹⁵ Alípio Silveira, *Do erro essencial na anulação do casamento*, p. 9.

Eduardo de Oliveira Leite complementa que três são os seus pressupostos: “1. anterioridade do defeito ao casamento; 2. desconhecimento do defeito pelo cônjuge enganado; e 3. insuportabilidade da vida em comum.”⁶¹⁶

Por essas anotações, infere-se que se pretende a preservação do princípio da dignidade da pessoa do cônjuge chamado de enganado, que contraiu o matrimônio ciente de que o fazia com pessoa de certo e determinado agir, entretanto, com o passar, aferiu que errou ou foi induzida a erro, visto que seu consorte ostenta comportamentos inadequados com os que aparentava na fase preambular ao consórcio, desnaturando inclusive todos os preceitos que solidificam a relação familiar: afeto, carinho, cumplicidade e respeito mútuos.

Anota-se o alerta expressado por J. M. de Carvalho Santos: “Todo e qualquer outro vício do consentimento não tem influência alguma sobre a validade do casamento, não podendo, por conseguinte, o dolo ser causa da sua anulação”; mais adiante, esclarece que “em matéria de casamento, pois, pode-se dizer que o dolo só vicia o consentimento, e, pois, é causa de anulação do casamento, quando ele tem por consequência um erro sobre a pessoa do outro cônjuge”⁶¹⁷, e conclui: “O Código não distingue o erro espontâneo do erro motivado pelo dolo.”⁶¹⁸

Complementa essa narrativa Alípio Silveira: “Em outras palavras, a vítima deve ter sido cautelosa, diligente, ou então deverá apresentar um motivo razoável por não ter diligenciado. Evidentemente, cada caso exige exame próprio.”⁶¹⁹

Sílvio de Salvo Venosa, depois de afirmar que o direito positivo brasileiro desconsidera o dolo como vício de vontade a nulificar o matrimônio, ao contrário das

⁶¹⁶ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 104. Mais adiante, informa o autor: “O defloramento da mulher ignorado pelo marido, outrora (no CC de 1916) motivo ensejador da anulação, deixou de sê-lo por dois motivos: a) porque, nos tempos atuais, o casamento deixou de ser o marco inicial para as atividades sexuais; e b) porque viola o princípio constitucional da igualdade jurídica entre o homem e a mulher (art. 226, § 5º, CF/1988), já que o artigo do anterior Código não impôs restrição à liberdade sexual do homem.” (Ibidem, p. 107).

⁶¹⁷ João Manuel de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 4, p. 175.

⁶¹⁸ Ibidem, v. 4, p. 219.

⁶¹⁹ Alípio Silveira, *Do erro essencial na anulação do casamento*, p. 13.

legislações da Alemanha⁶²⁰, Argentina⁶²¹ e Suíça⁶²², conclui: “O que se nota, porém, é que nossa jurisprudência admite na prática todos os casos de dolo dos direitos estrangeiros, definindo-os sob o prisma do erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, dentro dos princípios estabelecidos no Código Civil.”⁶²³

Com efeito, o vício de consentimento fulcrado no dolo pode subsidiar o pleito anulatório do casamento, mormente em ocorrendo o erro sobre a pessoa do outro cônjuge por atividade dolosa.⁶²⁴

Malgrado esse posicionamento, é de proeminente interesse a descrição da justificativa externada por Clóvis Beviláqua sobre a exclusão do dolo no Código Civil de 1916: “(...) pela necessidade de não tornar sobremodo precaria a segurança das famílias. Não seria difficil allegar um dos conjuges que fôra induzido ao casamento pelas manobras fraudulentas, as machinações, os artificios do outro, porque o proprio respeito recíproco, a cerimonia, o recato, o desejo de ser agradável escondem defeitos, que depois se revellam. E dar a essas attitudes moraes o valor do ‘dólo’ nos contractos communs seria enfraquecer, excessivamente, a estabilidade do matrimonio e das familias.”⁶²⁵

⁶²⁰ Wilfried Schlüter. “O cônjuge também pode pedir a anulação do casamento, cuja celebração foi realizada através de dolo sobre as circunstâncias que o teriam impedido de realizá-lo, se tivesse conhecimento da situação e tivesse avaliado corretamente a natureza do casamento (§ 1314 al. 2 n. 3 BGB; compare sobre isto § 123 al. 1 BGB). Mas o cônjuge conduzido a erro não pode exigir a anulação do casamento, quando um terceiro o fez errar sem o conhecimento do outro cônjuge (§ 1314 al. 2 n. 3, 2ª meia-frase, alternativa 2 BGB)” (*Código Civil alemão*: direito de família, p. 92-93).

⁶²¹ Para Guillermo A. Borda: “‘*El fundamento de la nulidad de los actos por dolo es el hecho ilícito;’ la ley no puede proteger un proceder engañoso y de mala fé, pues todo el orden jurídico quedaría subvertido. Por lo demás, es realmente significativo que el error no provoque la nulidad del matrimonio sino cuando hay dolo; lo que quiere decir que en tal caso el error no origina la nulidad, sino que simplemente coincide con ella.*” (*Manual de derecho de familia*, p. 74-75). Dita, efetivamente, o artigo 220 do Código Civil da Argentina: “*Es de nulidad relativa: (...) 4º - Cuando el matrimonio fuere celebrado adoleciendo el consentimiento de alguno de los vicios a que se refiere el artículo 175. La nulidad sólo podrá ser demandada por el cónyuge que haya sufrido el vicio de error, dolo o violencia, si hubiese cesado la cohabitación dentro de los treinta días de haber conocido el error o de haber sido suprimida la violencia.*” – destacou-se. O mencionado artigo 175 assim dispõe: “*Vician el consentimiento la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. (...).*”

⁶²² Segundo José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz. “No Direito suíço, o artigo 125 do Código Civil permite anulação de casamento com fundamento em dolo quando o nubente tenha sido induzido em erro quanto a uma das circunstâncias especificamente previstas: a honorabilidade ou a saúde do outro cônjuge, sendo que, quanto a esta última circunstância, é preciso que a doença coloque em perigo a saúde do cônjuge enganado ou de sua descendência.” (*Curso de direito de família*, p. 251, em nota de rodapé n. 57).

⁶²³ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*: direito de família, v. 6, p. 135.

⁶²⁴ O Código de Direito Canônico disciplina em seu Cânon 1.098: “Quem contrai matrimônio, enganado por dolo perpetrado para obter o consentimento matrimonial, a respeito de alguma qualidade da outra parte, e essa qualidade, por sua natureza, possa perturbar gravemente o consórcio da vida conjugal, contrai invalidamente.” (*CÓDIGO de Direito Canônico: Codex Iuris Canonici*, p. 499).

⁶²⁵ Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 549.

Verifica-se, no entanto, que o convívio entre os parceiros estará esfacelado, uma vez que os preceitos norteadores da convivência conjugal foram totalmente desrespeitados pela atitude dolosa de um dos pretendentes, ao agir conscientemente com o intuito de enganar o outro, o que induz a iniquidade da manutenção dessa relação, ainda que para a pura prevalência da família constituída, pois os fatores essenciais de sua existência estão descaracterizados.

Por isso, mantém-se a posição acima esposada, visto que essa família constituía-se sobre uma falácia.

A coação é outra reserva com escopo anulatório (art. 1.558 do CC/2002). Houve a manifestação de vontade, todavia fora obtida mediante constrangimento, com “(...) fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares”, nos expressos termos legais, o que denota a ofensa ao princípio da liberdade do cônjuge que externou sua vontade de forma maculada, não espontânea, resultando em cristalina ofensa à dignidade dessa pessoa.

O artigo 1.559 do Código Civil vigente, no entanto, restringe a anulação fundamentada no erro essencial e na coação, ao estabelecer que somente o cônjuge tido como não causador desses vícios é que poderá demandar a anulação – decorrência do princípio de que ninguém pode, em seu proveito, alegar a própria torpeza –, e mais, que “(...) a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do artigo 1.557.”

Ensina Fabrício Zamprogna Matiello: “Coabitar significa habitar em comum com outra pessoa, manter relacionamento sexual como consequência natural do casamento, viver como marido e mulher. Enfim, o vocábulo é empregado neste artigo no sentido de normal convivência entre os cônjuges, como se defeito jurídico algum estivesse presente.”⁶²⁶

Tirante as hipóteses de defeito físico irremediável, moléstia grave e transmissível, e de doença mental grave, excepcionadas no final do sobredito artigo, nas demais situações

⁶²⁶ Fabrício Zamprogna Matiello, *Código Civil comentado*, p. 1.013.

tipificadoras de erro essencial e coação, se houver a coabitação – vida conjugal de marido e mulher – consciente do vício existente, esse ato convalida o ato nupcial, impedindo a anulação do casamento. Por esse dispositivo, que é inovador no sistema legislativo brasileiro, evidencia-se que a coabitação tem o fito de sanar o vício da vontade exteriorizada; ao assim fazer, está-se privilegiando a família que se constituiu por esse matrimônio, cuja consolidação matrimonial deu-se com a coabitação, malgrado o vício que inicialmente o maculava, como arremata Sílvia Rodrigues: “Válida a iniciativa, pois prestigia a convivência afetiva em prol da constituição da família, em detrimento de um vício na origem do matrimônio.”⁶²⁷

Entre a vontade viciada e a família que se formou, opta-se pela validade fática e jurídica desta, mormente depois da coabitação entre os parceiros, cômicos da mácula que incidia sobre a vontade exteriorizada.

Visualizado os vícios de consentimento (erro, dolo e coação), um ponto de tinta merece ser posto sobre a simulação, vício social que é, para que se possa extrair a adequada resposta acerca do denominado casamento simulado.

Na Codificação Civil brasileira vigente, a *simulação* está encartada genericamente no artigo 167, que dita: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2º - Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.”

Caio Mário da Silva Pereira narra que a simulação consiste “(...) em celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir. Como em todo negócio jurídico, há aqui uma declaração de vontade, mas enganosa”; e, complementa que a dissimulação, que é a simulação relativa,

⁶²⁷ Sílvia Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 89.

“(...) tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (...), ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmitem”.⁶²⁸

A novidade é que, na Lei de 2002, a simulação torna o negócio nulo, enquanto na de 1916 ele seria anulável.⁶²⁹

No entanto, especificamente ao casamento, inexistente normatização acerca da nulidade absoluta se comprovada a simulação do ato nupcial. Poder-se-ia aplicar a regra geral?

Pontes de Miranda afirmava que “o casamento com simulação não é nulo. (...) Anulável é, se faltou a procuração, ou se essa é nula; anulável ainda, se houve erro sobre a identidade do outro cônjuge. Mas, se um dos cônjuges alega que não teve ‘intenção’ de se casar, a sua vontade real nada pode contra as palavras que proferiu. Não há reserva mental, nem vício de simulação, ainda que o celebrante o conheça”.⁶³⁰

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, depois de preconizarem o imprescindível reconhecimento da nulidade do casamento simulado, reconhecem, no entanto, que a norma positiva brasileira não o faz expressamente⁶³¹; antes, esclarecem o seguinte sobre a simulação no casamento: “Trata-se de hipóteses em que as pessoas se casam para que se verifiquem determinadas conseqüências secundárias decorrentes do estado de cônjuge. O matrimônio não é desejado em função de suas finalidades jurídicas típicas e essências, mas em função de finalidades jurídicas totalmente secundárias e acidentalmente ligadas, em uma determinada conjuntura normativa, à noção de estado de cônjuge. É o caso de pessoas que se casam para que a mulher adquira a nacionalidade do marido, do jovem que se casa com uma senhora idosa para fugir ao serviço militar, do velho com direito a alguma forma de pensão que se casa com uma mulher jovem para que esta, por sua morte, venha a ser titular do direito à pensão, do casamento celebrado somente para legitimar um filho, da pessoa que se casa para obter emprego reservado a pessoas casadas, do estrangeiro que se casa com pessoa nacional de

⁶²⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*, v. 1, p. 339.

⁶²⁹ Fabrício Zamprogna Matiello, *Código Civil comentado*, p. 135.

⁶³⁰ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda *Tratado de direito de família*, v. 1, p. 317.

⁶³¹ José Lamartine Corrêa de Oliveira; Francisco José Ferreira Muniz, *Curso de direito de família*, p. 260.

um determinado país para não ser expulso ou para subtrair-se a alguma forma de perseguição. A casuística mais rica vem dos países europeus e refere-se principalmente a hipóteses ocorridas em períodos anormais, como sucedeu na última guerra mundial.”⁶³²

Como casuísmo brasileiro contemporâneo, pode-se relatar o contingente de pessoas que migraram ao Japão, com intuito de lá realizarem atividades laborativas vantajosas, mas que, para que isso ocorresse, era e é imprescindível a descendência japonesa ou o vínculo matrimonial com pessoas dessa origem; com efeito, casamentos celebrados com esse único e exclusivo escopo são matrimônios simulados, pois a intenção dos pretendentes não foi a comunhão de vida, pessoal, familiar e patrimonial, mas simplesmente a concessão de um direito a um deles, com alguma vantagem ao outro, ou seja, verídica e patente simulação.

O Código Civil da Itália – suporte para a elaboração do projeto do atual Código brasileiro – dispõe em seu artigo 123: “Simulação. O matrimônio pode ser impugnado por qualquer um dos cônjuges quando os esposos tenham combinado de não cumprir os deveres e de não exercitar os direitos deles decorrentes. A ação não pode ser proposta depois de um ano da celebração do matrimônio ou no caso em que os contraentes tenham coabitado após a celebração.”⁶³³

Disposição análoga apresenta o artigo 1.635º do Código português: “(Anulabilidade por falta de vontade) O casamento é anulável por falta de vontade: a) Quando o nubente, no momento da celebração, não tinha a consciência do acto que praticava, por incapacidade accidental ou outra causa; b) Quando o nubente estava em erro acerca da identidade física do outro contraente; c) Quando a declaração da vontade tenha sido extorquida por coacção física; d) *Quando tenha sido simulado.*”⁶³⁴ – destacou-se.

⁶³² José Lamartine Corrêa de Oliveira; Francisco José Ferreira Muniz, *Curso de direito de família*, p. 254.

⁶³³ Esse artigo 123 está inserto no “*Titolo VI – DEL MATRIMONIO. Capo III – Del matrimonio celebrato davanti all’ufficiale dello stato civile. Sezione VI – Della nullità del matrimonio.*” No original: “*Simulazione. Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti. L’azione non può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi sucessivamente all’celebrazione medesima.*” (Tradução livre).

⁶³⁴ O referido artigo compõe a “Secção II – CASAMENTO CIVIL. Subsecção III – Anulabilidade do casamento. Divisão II – Falta ou vícios da vontade.”

O Código de Direito Canônico também cuida do casamento por simulação, como se infere do seu Cânon 1101, § 2: “Contudo, se uma das partes ou ambas, por ato positivo de vontade, excluem o próprio matrimônio, algum elemento essencial ou alguma propriedade essencial contraem invalidamente.”

Deveras, nos direitos italiano, português e canônico existem expressas disciplinas sobre a invalidade do matrimônio celebrado por simulação, o que, como visto, não está positivado explicitamente no direito brasileiro.

Ocorre que, a despeito da ausência de texto expresso quanto à nulidade do casamento simulado, há que se concluir que o ato nupcial assim celebrado descumpra as finalidades primordiais do matrimônio, consoante anotado em tópico alusivo à sua definição; destarte, as manifestações de vontades do pretendentes não se solidificam no amor recíproco, assim como a precípua finalidade dessas núpcias está longe da de constituir uma família, com a plena comunhão de vida.

A vontade exteriorizada pelos nubentes, em um ato simulado, é totalmente diversa da que se exige para a celebração do casamento: a finalidade não foi constituir uma família; os preceitos norteadores do matrimônio (afeto, carinho, cumplicidade, respeito, felicidade, amor) estão totalmente ausentes; conquanto assim esteja a situação, tão-só pela ausência de texto expresso, considerar-se-á a validade jurídica desse ato!

Aliás, o Código Penal brasileiro tipifica esse ato como criminoso, pois seu artigo 239 trata da simulação de casamento, nos seguintes termos: “Simular casamento mediante engano de outra pessoa: Penal – detenção, de um a três anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”

Por esses fatores, ousa-se apresentar uma solução para o reconhecimento do casamento simulado como nulo, ante a ausência de sua finalidade primária e de seus elementos principiológicos.

O artigo 166 do Código Civil de 2002 determina: “É nulo o negócio jurídico quando: (...) VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa”; em todos os casuísmos acima

relatados, a finalidade do casamento foi qualquer outra, tirante a constituição de uma família e o estabelecimento de uma plena comunhão de vida.

Estatui o artigo 1.511 do Código vigente – que, como visto, inaugura o Livro de Direito de Família – que: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”; mais adiante, o artigo 1.565, *caput* do mesmo Codex delimita: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.”

Indaga-se, pois: o casamento mediante simulação cumpre essas determinações codificadas? Ou a finalidade do ato praticado é satisfazer outros interesses, sem qualquer vínculo com a constituição de uma família, uma plena união e comunhão de vida entre os “negociantes”?

Se assim o é, deduz-se que, ao contrair o ato simulado como se fosse um casamento, os participantes objetivam fraudar texto expresso e imperativo da Lei Civil, porquanto não pretendem estabelecer uma plena comunhão de vida, como também não pretendem assumir a mútua condição de consortes, companheiros e co-responsáveis pelos encargos familiares, mas pretendem, única e exclusivamente, fraudar os ditames legais.

Em todos os casuísmos anotados, o objetivo dos contraentes foi: aquisição de nacionalidade por um deles; esquivar-se do serviço militar; concessão de pensão previdenciária; legitimação de filho; obtenção de emprego; evitar expulsão de um deles do país; e, outrossim, garantir o direito de exercer atividade laborativa no Japão. Em nenhum deles objetiva-se constituir uma família, com plena comunhão de vida entre os parceiros e demais direitos e deveres dela advinda.

Anotam novamente José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz: “As hipóteses praticamente importantes de casamento simulado são aquelas em que as partes buscam o estado conjugal como um meio para a busca de finalidade diversa da finalidade matrimonial típica. São as que correspondem à exemplificação do texto. Essa instrumentalização do casamento (sua utilização como meio para fins jurídicos diversos)

não se encontra presente em hipóteses em que se busca criar mera aparência de casamento.”⁶³⁵

Com fundamento no sobredito artigo 166, inciso VI, e no artigo 167, parágrafo 1º, item II, ambos do Código Civil de 2002, é possível a argüição de nulidade absoluta de um matrimônio simulado, com todos os consectários legais de eventual reconhecimento do ato nulo, pois fraudados foram os expressos textos dos artigos 1.511 e 1.565, *caput* do mesmo Códex – dentre outros tantos aspectos fáticos, jurídicos e legais.

Para finalizar este tópico, inolvidável é a anotação expressada por Silvio Luís Ferreira da Rocha: “O direito matrimonial não aceita como causa de nulidade situações que não estejam expressamente previstas em lei. Esta circunstância traduz-se pelo princípio consagrado em Direito e que advém do Direito francês para o qual *en matière de mariage, pas de nullité sans texte* (em matéria de matrimônio, não há nulidade sem texto), muito embora este princípio esteja perdendo sua importância.”⁶³⁶

Efetivamente, aduz Orlando Gomes, citado inclusive no sobredito texto: “Por longo tempo se teve essa regra como princípio incontroverso, mas ultimamente se começou a duvidar de sua consistência. Autores modernos consideram-na errônea, afirmando que é arbitrária e conduz a consequências inadmissíveis; arbitrária, porque não imposta pelos textos; absurda, porque deixa sem sanção casamentos absolutamente inválidos. É sobre esse último aspecto que tem insistido a doutrina.”⁶³⁷

Por essa lição, infere-se a possibilidade jurídica do reconhecimento do casamento simulado como nulo, apesar da inexistência de texto legal expressamente disciplinando a simulação como motivadora da nulidade do matrimônio.

Feitas essas análises dos vícios de consentimento e social, há que se prosseguir com os demais tópicos.

⁶³⁵ José Lamartine Corrêa de Oliveira; Francisco José Ferreira Muniz, *Curso de direito de família*, p. 254, em nota n. 66 de rodapé.

⁶³⁶ Silvio Luís Ferreira da Rocha, *Introdução ao direito de família*, p. 80.

⁶³⁷ Orlando Gomes, *Direito de família*, p. 118.

O inciso IV do propalado artigo 1.550 cuida da anulação do casamento “do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento”. Paulo Lins e Silva comenta que “(...) o incapaz de livremente manifestar sua vontade ou consentir, compara-se ao enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.548, inc. I). Ambos estão inviabilizados de serem ativos na relação jurídica constitutiva do ato solene de casamento, só que o novo legislador estabelece que no primeiro caso, ou seja, do inciso IV do artigo 1.550, o ato é anulável e no segundo (art. 1.548, inc. I) é nulo.”⁶³⁸

Em face disso, a finalidade é priorizar e amparar, como discorrido antes, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da cidadania, inerentes ao parceiro que manifestou sua vontade, todavia sem o devido discernimento, sem a devida capacidade civil para aquilatar os efeitos jurídicos de seu ato. Para a prática de todo e qualquer ato jurídico, exige-se que o agente seja plenamente capaz, o que desperta maior relevância em se tratando de casamento, que é o ato mais solene que se pode constatar no sistema jurídico brasileiro. Com efeito, a inobservância desse requisito conduz à anulabilidade do vínculo conjugal, preservando-se os sobreditos princípios fundamentais imanentes à própria personalidade da pessoa humana.

O casamento por procuração também encontra motivos a anular o matrimônio (inc. V), com expressas ressalvas legais: em caso de revogação do mandato, sem a ciência do mandatário e do outro contraente, dê-se que inexista a coabitação entre os cônjuges, consoante anotado linhas atrás. Só para elucidar, o parágrafo único desse artigo a esse inciso se refere: “Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.”

Destarte, revogado o mandato, o casamento não poderá ser realizado com a presença do procurador constituído; se, não obstante, o ato realizar-se, ante a ausência de conhecimento do outro pretendente, como do próprio mandatário, acerca dessa revogação, o casamento poderá ser anulado, salvante a existência de posterior coabitação.

⁶³⁸ Paulo Lins e Silva, Da nulidade e da anulação do casamento, p. 42.

Paulo Lins e Silva afirma que essa situação jurídica aproxima-se “(...) do erro ou num sentido inverso de uma reserva mental, estabelece o legislador que é anulável o casamento realizado por procuração quando o outorgado estivesse de boa-fé utilizando um mandato já anteriormente revogado, sem seu conhecimento. Ressalva apenas que tal anulação não poderá ser intentada pelos mandatários se, após o ato solene, tiver sobrevindo coabitação entre os cônjuges.”⁶³⁹

Com o intuito de proteger a família constituída, protegendo por conseguinte as pessoas que a compõem, assegura o legislador a validade jurídica desse consórcio, mesmo se revogado o mandato, se ocorreu a coabitação, porquanto primeiro é injustificável a arguição da própria torpeza em benefício seu e, depois, há que ser preservada a dignidade do cônjuge que casou sem a presença do outro consorte, mas representado que estava por procurador legal e formalmente constituído.

Interpretar a norma legal de outra forma conduziria a patente ofensa à dignidade humana da pessoa do cônjuge presente, mormente após a existência de coabitação por certo lapso temporal; essa convivência na condição de marido e mulher solidifica a família que se constituiu por esse ato solene, a qual merece, nessa hipótese, ser preservada.

Por derradeiro, o inciso VI do referido artigo 1.550 trata da incompetência da autoridade celebrante, que se refere, “evidentemente, de caso de incompetência relativa, não se olvidando a questão de prejuízo para as partes, eis que o matrimônio realizado nessas condições não afetaria qualquer interesse público, daí a razão de redundar, a incompetência relativa da autoridade celebrante, tão-somente em anulabilidade”.⁶⁴⁰

Essa incompetência relativa relaciona-se à competência em razão do lugar, ou seja, casa-se perante autoridade matrimonial, todavia incompetente para celebrá-lo naquela localidade, pois ali não exerce suas atribuições de juiz de casamento; esse ato nupcial é anulável.

⁶³⁹ Paulo Lins e Silva, Da nulidade e da anulação do casamento, p. 43.

⁶⁴⁰ Camilo de Lelis Colani Barbosa, *Direito de família: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002*, p. 68.

Ressalte-se que essa situação – casamento perante autoridade incompetente – é inconfundível com a da celebração do matrimônio por pessoa que não ostenta a condição de autoridade celebrante, por quem não possui atribuições de juiz de casamento ou de paz, quando faltaria um elemento intrínseco e essencial ao ato nupcial (art. 1.514 do CC/2002), qual seja, a própria celebração, resultando na inexistência do matrimônio.

Há que se considerar, no entanto, o que expressamente dita o artigo 1.554 do Código Civil vigente: “Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil.”

Deveras, depois de habilitarem-se para o matrimônio, com a expedição do respectivo certificado, os nubentes apresentam-se à celebração do ato nupcial, e fazem-no perante a autoridade dita e havida publicamente como competente para a realização do ato jurídico, a quem, de boa-fé, expressam o seus assentimentos para a convolação do enlace, a qual, então, declara-os legalmente casados e determina a lavratura do respectivo assento; descoberta posteriormente a incompetência dessa autoridade – ainda que seja absoluta, isto é, que a pessoa não possuía atribuições para esse encargo, mas o ostentava –, o casamento produzirá todos os efeitos de casamento válido e eficaz.

Comenta Fabrício Zamproga Matiello: “Quem se apresenta como autoridade celebrante sem ter a necessária competência, publicamente desempenhando as funções de Juiz de Paz, acaba criando quando capaz de afastar o vício gerador da anulabilidade do casamento. A validade e eficácia do vínculo assim constituído independe do ânimo com que se porta o celebrante; estando de boa ou de má-fé, a sua atuação será considerada prevalente em relação aos cônjuges, que, afinal, acreditaram na sua investidura e competência.”⁶⁴¹

Sílvio Rodrigues acolhe o texto vigente, argumentando que “parece inegável o acerto dessa orientação, inspirada no intuito de dar validade a um enlace que defluiu manifestamente da vontade de partes desimpedidas e cujo defeito não se encontra na pessoa dos contraentes de boa-fé”.⁶⁴²

⁶⁴¹ Fabrício Zamproga Matiello, *Código Civil comentado*, p. 1.008.

⁶⁴² Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 93.

Visando amparar a dignidade da pessoa dos contraentes, que se casaram crédulos de que o faziam perante a autoridade matrimonial competente, união essa consolidada nos preceitos e princípios fundamentais do vínculo familiar (afeto, carinho, cumplicidade e respeito), explicitamente criou o legislador a subsistência desse matrimônio, com a preservação desses elementos, como da própria família conjugal ou matrimonial que se constituiu. Sobreleva-se a essencial formalidade legal em prol da nova família formada e, por conseguinte, dos parceiros que a constituíram.

Pelo sobredito artigo 1.554, criou-se a figura da autoridade aparente, decorrente da teoria da aparência, consoante relato expressado por Fabrício Zamproga Matiello, uma vez que “a anulação viria em prejuízo da boa-fé dos cônjuges, afetando a credibilidade do instituto e desprestigiando a firmeza da vontade manifestada no momento do enlace”.⁶⁴³

O *casamento putativo* é narrativa imperiosa e inevitável em discurso alusivo às causas de nulidade do casamento, sobretudo neste trabalho, que traduz a manutenção e preservação do vínculo familiar constituído por um casamento, sempre que se fizer possível, sobrelevando-se formalidades e vícios de vontade, repita-se, quando isso não ocasionar prejuízos e transtornos para o digno interesse dos parceiros que compõem essa nova família conjugal ou matrimonial.

Nesse pormenor, imprescindível a descrição do que se deva entender por casamento putativo⁶⁴⁴, descrito no artigo 1.561 e seus parágrafos do Código Civil de 2002, que significa a concessão de eficácia jurídica ao casamento cuja nulidade, absoluta ou

⁶⁴³ Fabrício Zamproga Matiello, *Código Civil comentado*, p. 1.008.

⁶⁴⁴ José Oscar De Plácido e Silva explica: “Qualificado pelo vocábulo ‘putativo’, derivado do verbo latino *putare* (limpar, julgar, crer), bem se tem o exato sentido da expressão. E, assim, ‘casamento putativo’ se diz daquele que, mesmo nulo ou anulável, foi praticado com a ‘crença’ de que estavam sendo atendidas todas as formalidades e regras de direito. E, por esta razão, mesmo quando anulado, produz seus efeitos, até que se pronuncie o decisório, que julga de sua nulidade ou anulação, em relação aos esposos de boa-fé e a seus filhos, havidos na vigência do casamento.” (*Vocabulário jurídico*, v. 1, p. 399). Esclarece Camilo de Lelis Colani Barbosa, outrossim, que “a nomenclatura ‘casamento putativo’ fixou-se, definitivamente, com os canonistas dos séculos XV e XVI. Várias outras foram utilizadas para designar o instituto, tais como ‘quase matrimônio’ (Lombardo); ‘quase casa’ (Hertius). Como a própria terminologia define, o casamento putativo é um casamento que possui aparências de estar juridicamente válido, mas, por estar viciado, é passível de nulidade, anulabilidade e inexistência. Entretanto, aquele que imaginou a dita validade, seja ele cônjuge ou terceiro diretamente afetado, aproveita alguns efeitos provenientes do casamento por ser portador de boa-fé” (*O casamento no novo Código Civil brasileiro*, p. 170-171).

relativa, fora reconhecida, ante a boa-fé de um ou de ambos os contraentes⁶⁴⁵, ressaltando que, para os eventuais filhos desse relacionamento, sempre haverá eficácia de matrimônio, independente da boa ou má-fé dos genitores, quando da celebração do ato nupcial.

Yussef Said Cahali, em específica monografia, assim o define: “Daí, ou por motivo político, ou por indulgência para com o cônjuge de boa-fé e comisseração para com a prole; ou devido a razões humanitárias e de equidade, o ordenamento jurídico foge à sistemática própria e empresta àquele casamento anulado, ou mesmo nulo, efeitos do casamento válido, até que a nulidade seja pronunciada.”⁶⁴⁶

Arremata Camilo de Lelis Colani Barbosa: “Não se trata, por evidência, de prorrogação de validade ou de convalidação do matrimônio, que continuará nulo ou anulável. Trata-se, tão-somente, de considerá-lo válido, para algumas finalidades específicas e em razão somente do cônjuge que estiver de boa-fé, até a sentença que vier a declarar a sua nulidade ou anulação.”⁶⁴⁷

Amparada pois na prevalência dos interesses maiores e prioritários da família constituída pelo casamento nulo ou anulável e na dignidade das pessoas pessoas que a constituem, sobretudo do ou dos cônjuges que agiram de boa-fé, com total desconhecimento do vício que incidia sobre o casamento, o instituto da putatividade garante efeitos jurídicos a esse relacionamento, preservando direitos pessoais e patrimoniais advindos do ato nupcial a essas pessoas – princípio da cidadania.

O casamento putativo, com efeito, preserva os direitos, interesses, princípios e preceitos dignos da pessoa que agiu com boa-fé, em nada colaborando para que o matrimônio contivesse a nulidade, absoluta ou relativa, que o invalida juridicamente.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Com o fito de evitar discrepâncias interpretativas, o Projeto de Lei n. 6.960/2002 pretende acrescentar o parágrafo 3º a esse artigo: “Os efeitos mencionados no *caput* deste artigo se estendem ao cônjuge coato”, haja vista que, ao menos em tese, tinha ele conhecimento do vício que maculava o ato nupcial, o qual não argüiu ante a indigitada coação.

⁶⁴⁶ Yussef Said Cahali, *Casamento putativo*, p. 2.

⁶⁴⁷ Camilo de Lelis Colani Barbosa, *O casamento no novo Código Civil brasileiro*, p. 170.

⁶⁴⁸ Maria Helena Diniz leciona que “O casamento nulo, mesmo sem ser putativo, acarreta efeitos como: (a) comprovação da filiação; (b) matrimonialidade dos filhos com o reconhecimento da maternidade e da paternidade; (c) manutenção do impedimento de afinidade; (d) proibição de casamento da mulher nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal pela sentença que decreta a nulidade; e (e) atribuição de alimentos provisionais ao cônjuge que deles precisar enquanto aguarda a decisão judicial.” (*Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, p. 220).

Com conotação meramente didática e elucidativa, há que se fazer uma indagação: a putatividade do matrimônio alcança as situações relacionadas como de inexistência desse ato?

Os doutrinadores nacionais debatem-se sobre essa situação, reinando sérias divergências e controvérsias; no entanto, merece atenção o discurso apresentado por Yussef Said Cahali: “Assim, e na justa observação de Messineo, parece razoável que se possa considerar a ocorrência de matrimônio putativo, não apenas nos casos de nulidade do matrimônio, mas também naqueles em que se considera inexistente o casamento (falta ou declaração de vontade de um só dos esposos e falta de celebração); porquanto, sendo o matrimônio putativo fundado no estado de boa-fé dos cônjuges, a distinção entre nulidade e inexistência (mesmo para os que a admitem) não modifica a essência e a função da boa-fé. É que, até como sociedade de fato, a união livre pode produzir consequências jurídicas amparadas pela mesma autoridade da boa-fé.”⁶⁴⁹

O casamento nulo ou anulável – e, nessa concepção, até mesmo o inexistente – pode ser reconhecido como matrimônio putativo, ou seja, produzir efeitos de casamento válido, até o momento da prolação da sentença que reconhece a invalidade jurídica do enlace; essa declaração de putatividade “pode ocorrer na própria ação anulatória ou em processo autônomo promovido pelo(s) cônjuge(s) enganado(s), pelos filhos ou por terceiros que tenham interesse na declaração, se a sentença foi omissa a esse respeito”.⁶⁵⁰

Para encerrar este tópico relacionado aos vícios matrimoniais, menciona-se a conclusão de Francisco José Cahali, em estudo sobre a nulidade ou anulação matrimonial: “o tema, à época da promulgação do anterior Código Civil até 1977, era de enorme relevo, pois, ao lado da viuvez, constituía a única saída legal para alguém se evadir do liame conjugal. O advento da Lei do Divórcio tornou obsoleto o recurso à anulação do casamento. A enorme facilidade de divórcio, proporcionada pela Constituição de 5 de outubro de 1988, e confirmada no Código de 2002, decerto representa uma borracha a apagar as regras sobre a nulidade do casamento”.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Yussef Said Cahali, *O casamento putativo*, p. 54.

⁶⁵⁰ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 114.

⁶⁵¹ Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 106.

Com efeito, muito mais prático, célere, eficiente e com menor desgaste, inclusive emocional, pleitear a dissolução do matrimônio pelo divórcio, mormente, fulcrado em separação de fato, do que o aforamento de ação anulatória do casamento, cuja instrução do processo é muito mais árdua e custosa, sem aparentes vantagens e efeitos práticos e (ou) jurídicos que valham o esforço.

4.11.4 A separação judicial

A separação judicial resulta no término do casamento, com a dissolução da sociedade conjugal existente entre os parceiros, mantendo a integralidade do vínculo matrimonial, tanto que poderão os ex-cônjuges, se assim for dos seus recíprocos interesses, restabelecerem esse matrimônio, consoante estatuído no artigo 1.577 do Código Civil de 2002, resguardados, por óbvio, os eventuais direitos e interesses de terceiras pessoas (parágrafo único), mormente os concebidos no interregno da separação judicial.

Com efeito, decretada a separação, permanecem alguns resquícios da família matrimonial ou conjugal que, enquanto não dissolvido o vínculo do matrimônio, poder-se-á restabelecê-lo, na estrita vontade e interesse dos ex-parceiros.

Algumas críticas são apresentadas com relação à manutenção no sistema jurídico contemporâneo do instituto da separação judicial, porquanto, ao manter intacto o vínculo matrimonial, impõe ao casal o necessário retorno ao Poder Judiciário para obterem a efetiva e integral dissolução do casamento pelo divórcio, o que somente aflora os ressentimentos e conflitos que porventura estivessem arrefecidos.

Nesse ponto posiciona-se Luiz Felipe Brasil Santos, e justifica nos seguintes termos: “Desperdiçou o legislador excelente oportunidade de extinguir o já anacrônico instituto da separação judicial, cuja manutenção em nosso ordenamento jurídico não mais se justifica. Primeiro, porque é uma ‘meia solução’ para o matrimônio falido, uma vez que não põe fim ao casamento e, por consequência, inviabiliza novo consórcio enquanto não formalizado o divórcio. Segundo, porque as razões que levaram à sua manutenção quando da edição da Lei n. 6.515/77 não mais subsistem, *considerando que a sociedade brasileira*

já amadureceu o suficiente para perceber que o divórcio não significou o fim da família, mas, sim, uma solução para as uniões onde pereceu o afeto, condição de subsistência do relacionamento conjugal.”⁶⁵² – destacou-se.

A única vantagem dessa permanência legislativa, se assim se pode dizer, é a possibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal, independentemente de novo casamento, como dita Maria Berenice Dias, “(...) separação, ao contrário do divórcio, dispõe do que se poderia chamar de *cláusula de arrependimento*”. Continua a mesma autora: “Esse único benefício mostra-se deveras insignificante, até porque raros são os pedidos de reversão da separação de que se tem notícia. Há a necessidade de contratar advogado e, além das delongas para o desarquivamento do processo, indispensável é a intervenção judicial. Tudo isso demanda tempo e dinheiro. *Mais prático e mais barato – além de mais romântico – é celebrar um novo casamento, que até gratuito é (CF 226 § 1º).*”⁶⁵³ – destacou-se.

Efetivamente, positivado o divórcio como único instituto a romper com a sociedade conjugal e com o casamento, dificuldade nenhuma operaria aos ex-parceiros, pois teriam as portas de um novo casamento escancaradas para restabelecerem entre si uma outra união matrimonial, reconstituindo a sua família conjugal.

Assim não fez o legislador, de sorte que permanecem íntegros o instituto da separação judicial e do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

Entre os artigos 1.572 e 1.578 do sobredito Código, estão estampadas as normas substantivas relacionadas à separação judicial, sendo certo que no primeiro deles estão tipificadas as suas modalidades litigiosas, assim denominadas: *separação como sanção*, fulcrada na culpa de um dos cônjuges pelo rompimento do consórcio matrimonial (*caput*); *separação-falência*, cuja base é a separação de fato há mais de um ano e a conseqüente impossibilidade de reconstituição (§ 1º); e a *separação-remédio*, decorrente da grave doença mental que acomete um dos cônjuges, “(...) manifestada após o casamento, que

⁶⁵² Luiz Felipe Brasil Santos, A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil brasileiro, p. 147.

⁶⁵³ Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 289.

torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 2 (dois) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável” (§ 2º).⁶⁵⁴

Essas mesmas espécies de separação judicial litigiosa estavam disciplinadas na Lei do Divórcio, em seu artigo 5º e parágrafos, com a *separação culposa* embutida na cabeça do artigo, a *falência* no parágrafo 1º e a *remédio* no segundo – cujo prazo de duração da doença mental era de cinco anos.

Estabelece ainda o Código Civil de 2002 a possibilidade da *separação judicial consensual* em seu artigo 1.574, com o seguinte teor: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de 1 (um) ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção”. Igual modalidade previa a Lei n. 6.515/1977, cujo artigo 4º determinava que o tempo de casamento haveria de ser de dois anos.⁶⁵⁵

O lapso temporal mínimo para que se possa pleitear a separação amigável é nomenclaturado como *prazo de experiência ou período de provação*, cuja finalidade é evitar precipitações; para tanto, Sílvio Rodrigues destaca: “É sabido que os primeiros tempos da vida de casado são os mais difíceis, por envolver uma penosa acomodação de um cônjuge ao outro. Por isso, para evitar que os desajustes superáveis sejam a causa de uma dissolução, decerto afastável com alguma transigência, o legislador impede a formulação do pedido de separação judicial consensual antes do transcurso desse prazo de um ano. Assim, tenta evitar pedidos levianos.”⁶⁵⁶

Prossegue o autor, argumentando a eficiência jurídica desse tempo: “Muito se questiona, entretanto, se não poderia ter sido mais avançado o novel legislador, principalmente considerando o fato de que, na sociedade contemporânea, é usual aos noivos manterem maior proximidade e intimidades anteriormente ao casamento, até porque

⁶⁵⁴ Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, p. 360.

⁶⁵⁵ Eduardo de Oliveira Leite aplaude a redução do tempo, afirmando que “o consenso é suficiente a determinar a validade da decisão” (*Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 146).

⁶⁵⁶ Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 212. Os Projetos de Lei ns. 6.960/2002 e 4.945/2005 pretendem extirpar do sistema jurídico brasileiro esse prazo de experiência ou provação.

os compromissos são assumidos geralmente quando já atingido um amadurecimento maior dos envolvidos.”⁶⁵⁷

A permanência desse prazo de experiência ou provação em pedido de separação judicial consensual é despiciendo, não só por ofender o princípio da liberdade dos cônjuges, e por conseguinte de suas respectivas dignidades, mas principalmente ante a existência do instituto jurídico da reconciliação ou de restabelecimento da sociedade conjugal, que se operará a qualquer momento, mediante a vontade expressada pelo casal, sem maiores problematizações ou delongas judiciais.

Poder-se-ia argumentar que isso seria um desprestígio à família matrimonial ou conjugal que se constituiu; todavia, muito ao contrário, esse vínculo há de ser mantido e tudo se fará para que se mantenha, inclusive sobrelevando formalidades do próprio casamento, dêis que satisfeitos e integralizados os preceitos que o solidificam, ou seja, manter-se-á a família conjugal se presentes, vivaz e ardentes, estiverem o afeto, o carinho, o respeito, enfim, o amor entre os cônjuges; em contrapartida, se preponderar o desamor, inexistem argumentos que justifiquem a manutenção do casamento, uma vez que a família matrimonial dele decorrente será verdadeira falácia, surgindo a dissolução como a solução ideal.

Aliás, o parágrafo único do comentado artigo 1.574 determina que “o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”; por esse fundamento, evidente a conhecida *cláusula de dureza* – presente no artigo 6º da Lei do Divórcio: o magistrado, constatando que o casal, ou um deles, não está convicto do ato a ser praticado, usufruindo legitimamente do seu poder discricionário, pode e deve suspender o procedimento judicial, fixando um tempo suficiente para os reinquirir.⁶⁵⁸

Esse poder-dever é aplicável à separação judicial consensual, independentemente do tempo de casamento, inclusive se o casal estiver casado há menos de um ano, momento

⁶⁵⁷ Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 213.

⁶⁵⁸ Anota Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “Com o novo Código Civil, o magistrado não mais poderá negar-se a decretar a separação-ruptura, muito embora uma interpretação extensiva do parágrafo único do artigo 1.574 possa, em tese, justificar a aplicação da cláusula de dureza em circunstâncias excepcionais.” (*Introdução ao direito de família*, p. 133).

em que, desacreditado da real intenção dos cônjuges ou da insegurança de um deles, poderia postergar a homologação do ato judicial, aguardando momento oportuno e propício para aferir seu convencimento.

O Código de Processo Civil possui procedimento que se coaduna e avaliza o aqui narrado, como se infere da parte final do seu artigo 1.122, parágrafo 1º: “(...) em caso contrário [não se convencendo o juiz da vontade das partes], marcar-lhes-á dia e hora, com 15 (quinze) a 30 (trinta) dias de intervalo, para que voltem, a fim de ratificar o pedido de separação consensual”, como explica Antonio Carlos Marcato, pois, inexistindo a conciliação, e “(...) não se convencendo o juiz de que a vontade de separação manifestada pelos cônjuges é livre e sem hesitações, não homologará imediatamente o pedido; ao contrário, marcar-lhes-á dia e hora, com 15 a 30 dias de intervalo, a fim de que meditem melhor e, persistindo em seu intento de separação, voltem a juízo e ratifiquem o pedido já formulado”.⁶⁵⁹

Idêntico proceder, se necessário, aplicar-se-á à separação amigável, sem qualquer prazo de experiência ou período de provação.

Na prática, indiretamente esse prazo já era desconsiderado, em face de reiteradas concessões de medidas cautelares de separação de corpos consensuais, como se pode verificar:

“SEPARAÇÃO DE CORPOS – Possibilidade jurídica do pedido – Indeferimento da inicial – Inadmissibilidade. É possível o pedido de separação de corpos em requerimento conjunto dos cônjuges, mesmo antes de completados os dois anos de casamento, pois a eficácia da liminar não está subordinada ao prazo do artigo 806 do Código de Processo Civil.” (TJMG – AC n. 263.678-5/00, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Nilson Reis, *DJMG*, de 9.5.2003, *Revista Brasileira de Direito de Família* 18:138).

“MEDIDA CAUTELAR – Separação de corpos – Requerimento conjunto dos cônjuges, antes de dois anos de casamento – Admissibilidade. Mesmo antes de completar-se o biênio do casamento, admite-se a separação de corpos para evitar atritos entre os cônjuges na convivência conjugal.” (TJS – Ap. n. 184.855-1/9, 1ª Câmara Civil de Férias, rel. Des. Alexandre Germano, j. 26.1.1993, v.u., *RT* 699:69).

⁶⁵⁹ Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, p. 365.

Depois de referendar a existência de inúmeras decisões judiciais nessa orientação, Belmiro Pedro Welter complementa que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apadrinha esse pensamento”.⁶⁶⁰

Superada essa fase relacionada à separação judicial consensual, indispensável é a anotação de algumas linhas sobre a *culpa* como fator preponderante na separação judicial litigiosa, consoante reza o artigo 1.572, *caput* do Código Civil de 2002: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”

Anota Eduardo de Oliveira Leite que: “Lamentavelmente, e em manifesto retrocesso, o legislador ressuscitou a figura da ‘culpa’, como fundamento da separação judicial, quando, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, já haviam superado esta fase de argumentação e justificativa da ruptura da sociedade conjugal.”⁶⁶¹

Severas críticas são endereçadas a esse dispositivo legal que mantém a culpa como paradigma causal da separação judicial entre marido e mulher, quando se sabe que os conflitos existentes entre o casal não nascem de um e certo, determinado, delimitado e específico fato, muito menos em exato instante da relação; em verdade, o relacionamento que iniciar o caminhar ao seu extermínio esfacela-se paulatinamente, dia a dia, com a somatória de fatores que desgastam o convívio conjugal, até a ocorrência de fator aparentemente motivador do desenlace, mas, na realidade, apenas o derradeiro acontecimento, a vulgar “gota d’água” que transborda todos os ressentimentos, angústias e dissabores da relação matrimonial.

Pode-se afirmar com certa segurança que, no máximo, um dos cônjuges pode ter responsabilidade por 51% dos motivos que resultaram em dissabores contínuos ao outro; no entanto, pode-se assegurar que esse outro seja o responsável pelos demais 49%; destarte, é justamente a soma dessas responsabilidades que arruína o afeto, carinho e respeito mútuos, ocasionando a necessária dissolução do vínculo.

⁶⁶⁰ Belmiro Pedro Welter, *Separação e divórcio*, p. 182.

⁶⁶¹ Eduardo de Oliveira Leite, *Direito civil aplicado: direito de família*, v. 5, p. 144.

Como ensina, desde a década de 70, João Baptista Villela: “Vício seriíssimo da Lei é o de ainda se estruturar sobre o velho e decadente princípio da culpa. A mais significativa evolução que se processa hoje no mundo, em matéria de divórcio, é o abandono do princípio da culpa (*Verschuldensprinzip*) em favor do princípio da deterioração factual (*Zerrüttungsprinzip*). De um lado, não cabe ao Estado intervir na intimidade do casal para investigar quem é culpado e quem é inocente nesta ou naquela dificuldade supostamente invencível. Depois, haverá algo de mais presunçoso que se crer capaz de fazê-lo? Dizer quem é culpado e quem não o é, quando se trata de um relacionamento personalíssimo, íntimo e fortemente interativo como é o conjugal chegaria a ser pedante, se antes disso não fosse sumamente ridículo. Nem os cônjuges, eles próprios, terão muitas vezes a consciência de onde reside a causa de seu malogro, quase sempre envolta na obscuridade que, em maior ou menor grau, impregna todas as ações humanas.”⁶⁶²

Impor a culpa a um só dos cônjuges é demasiado grave, ante a partilha de responsabilidades cotidianas pelo rompimento dos preceitos que, em certo tempo, foram os agregadores dessa relação afetiva entre essas mesmas pessoas.⁶⁶³

Descartável não é, muito ao contrário, considera-se como plausível que um dos cônjuges tenha perpetrado o ato derradeiro, limítrofe da suportabilidade da convivência marital; esse fora o motivo que ditou a insuportabilidade da vida em comum, autor da referida, famosa e popular “gota d’água”; entretanto, não pode suportar sozinho toda a responsabilidade pelo fim do relacionamento, tal como réu e vítima, culpado e inocente.

Destaca Rodrigo da Cunha Pereira: “É muito mais fácil pensar que o culpado é sempre o outro cônjuge. Assim, a responsabilidade é sempre do outro. É impressionante como as versões de um mesmo casamento apresentam-se completamente diferentes,

⁶⁶² João Baptista Villela, *Separação, divórcio & concubinato*, p. 189.

⁶⁶³ Nesse teor a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. Separação judicial. Desnecessidade de definir a culpa. Nas relações conjugais não se pode atribuir, de forma simplista, culpa a quem quer que seja, em decorrência da falência da relação conjugal, que se deve, em verdade, à corrosão dos relacionamentos, por uma série de fatores comportamentais muito mais complexos, que não cabem dentro da singela divisão maniqueísta entre inocentes e culpados. No caso concreto mais se evidencia a desnecessidade da atribuição da culpa ao varão, visto que nenhuma seqüela jurídica dela advirá, evidenciando-se que a vontade da apelante constitui mera materialização de um lamentável desejo de vingança, infelizmente tão comum após o fracasso das relações conjugais. Desproveram o apelo. Unânime.” (TJRS – AC n. 70003528262, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 20.2.2002, v.u.).

segundo o ângulo de cada parte. Existirá mesmo uma verdade no litígio conjugal, ou são apenas versões que fazem aversões? Quem terá razão no fim do casamento?”⁶⁶⁴

Decerto, há que haver motivos, razões, fatores que justifiquem o rompimento desse convívio conjugal, sobretudo quando o pleito é idealizado, motivado e querido por um só dos cônjuges, sem que o outro assim aquiesça, porquanto, se houver consenso, questionamento nenhum se fará, ao contrário, convencido da intenção dos separandos, o juiz somente homologará a pretensão. Todavia, esses motivos, razões ou fatores prescindem da exclusiva e arraigada idéia e motivação culposa.

Maria Berenice Dias vale-se do princípio da dignidade da pessoa humana para afastar a idéia da culpa, e argumenta: “A perquirição da causa da separação vem perdendo prestígio, ainda quando tenha havido a indicação da responsabilidade do demandado pela insuportabilidade da vida em comum. Seja porque é difícil atribuir a só um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas, tal motivação vem sendo desprezada pela jurisprudência. Uma vez que um dos cânones maiores das garantias individuais é o direito à privacidade e à intimidade, constitui violação do sagrado direito à dignidade da pessoa humana a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro, para que, de forma estéril e desnecessária, imponha o juiz a pecha de culpado ao réu.”⁶⁶⁵

Assim também o faz Eduardo de Oliveira Leite: “Ao tratar, porém, da separação judicial, o novo Código Civil incide em notável retrocesso. O Código mantém viva as idéias de separação-sanção (ou culpa) e separação-remédio. Se uma das premissas

⁶⁶⁴ Rodrigo da Cunha Pereira, *A culpa no desenlace conjugal*, p. 327.

⁶⁶⁵ Maria Berenice Dias, *Da separação e do divórcio*, p. 71. Interessante o seguinte acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. Violação dos deveres conjugais. Culpa. Prova. É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal. A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto. A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional.” (TJRS – AC n. 70005834916, 7ª Câmara Cível, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 2.4.2003, v.u. – Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 298).

fundamental das garantias individuais é o direito à privacidade e à intimidade, a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro, não é só abusiva, mas constitui flagrante comprometimento do direito à dignidade da pessoa humana, sem considerarmos as injustiças que, certamente, ocorreriam no cotidiano do foro.”⁶⁶⁶

Dessume-se, por essas posições, que a indagação relacionada à culpa ofende a Constituição da República, ante o princípio da dignidade da pessoa humana.

Há que se destacar, no entanto, que Regina Beatriz Tavares da Silva sufraga o mesmo princípio fundamental para justificar a manutenção da separação judicial litigiosa em debate.⁶⁶⁷

Sérgio Gischkow Pereira informa que, “em termos nacionais, a doutrina e a jurisprudência, largamente dominantes, continuam a trabalhar com a culpa”, e justifica seu pensar acerca da culpa e sua inconstitucionalidade: “Com toda a vênia, ainda não me convenci do argumento de inconstitucionalidade, não me parecendo razoável não possa o legislador sequer prever separação com culpa. ‘E sinto-me à vontade para manifestar esta posição, visto que sou a favor da eliminação da culpa’. Apenas vejo que o direito brasileiro insiste em mantê-la na lei federal e cumpre ao intérprete e aplicador acatar esta opção legislativa. Acho forçada a construção pela inconstitucionalidade. Não só forçada em si própria, como também duvidosa pela circunstância de que também integraria o conceito de dignidade humana, na elasticidade que a corrente contrária está querendo lhe atribuir, o direito moral da parte que se sente ofendida de demonstrar que não foi ela a culpada pela destruição do casamento (dentro das noções correntes de moral média, as quais ainda impregnam as valorações do povo). A lei federal não está obrigando ninguém a seguir o caminho tortuoso e difícil da separação sanção! Por isto é também difícil atinar com inconstitucionalidade porque estivesse sendo desrespeitada a dignidade humana.”⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ Eduardo de Oliveira Leite, Os sete pecados capitais do novo direito de família, p. 73.

⁶⁶⁷ Regina Beatriz Tavares da Silva, Novo Código Civil: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento, p. 123.

⁶⁶⁸ Sérgio Gischkow Pereira, *Estudos de direito de família*, p. 75.

Efetivamente, o princípio da dignidade da pessoa humana é recíproco, uma vez que tanto ampara os interesses do cônjuge aforado como “culpado”, quanto os do “inocente”, donde a aferição de qual prevalecerá, somente em cada situação concreta é que se poderá fazê-lo; ademais, a resistência teórica à existência da culpa como causa de dissolução do matrimônio não inviabiliza a sua positivação jurídica, donde fundamenta a possibilidade jurídica de sua argumentação em juízo.

O que está evidente é que, por ora, a culpa está positivada no ordenamento civil brasileiro como causa motivadora da separação judicial litigiosa, podendo-se, para amenizar sua incidência na intimidade do casal, interpretá-la como responsabilidade pela prática do fato violador dos deveres conjugais que tornou insuportável a vida em comum.

Em arremate a esse enfoque, a ponderação de Antonio Cezar Peluso: “O intuito desta exposição é propor uma reflexão crítica sobre tema que, figurando objeto do ordenamento jurídico brasileiro, na província do direito de família, está, segundo creio, em descompasso com as exigências mais profundas da renovação da própria concepção sociológica das funções familiares e em aberto desacordo com valores e princípios tendentes a concretizar a idéia de Justiça.”⁶⁶⁹

Com o fito de amenizar o texto legal, pelo Enunciado n. 100, a I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal recomenda a “apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum” como critério interpretativo do artigo 1.572 do Código atual.

Para complementar a tipificação da impossibilidade de vida em comum, o artigo 1.573 do Código Civil de 2002 oferece seis situações fáticas com repercussões jurídicas: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante; e conduta

⁶⁶⁹ Antonio Cezar Peluso, A culpa na separação e no divórcio: contribuição para uma revisão legislativa, p. 41.

desonrosa⁶⁷⁰. Complementa seu parágrafo único: “O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”

Essas causas, com efeito, são meramente exemplificativas, uma vez que outros fatores poderão ser sopesados pelo magistrado e, diante da situação litigiosa que lhe é apresentada, considerá-los como motivadores da impossibilidade de comunhão de vida; assim sendo, decretará a separação judicial.

Ressalte-se que, nessa hipótese (do parágrafo único), inexistem culpados ou inocentes – réu ou vítima, certo ou errado, bom ou mau –, existe sim um fato concreto, sem culpa ou violação de dever matrimonial, que ocasiona a impossibilidade da vida em comum do casal; reitere-se, independe de culpa de quem quer que seja.

Vários motivos podem justificar o aforamento de pedidos de separações judiciais, tais como: alteração de convicção religiosa; incompatibilidade de gênios; e, até mesmo, o término do amor, ou seja, o arrefecimento dos princípios embasadores da convivência conjugal (afeto, carinho, cumplicidade e respeito), sem que haja um verdadeiro culpado, ou sem que se saiba decifrar o porquê e como isso se verificou, ainda que qualquer dos cônjuges descumpra seus deveres conjugais.

Leciona Francisco José Cahali que essa inovação legislativa criou uma nova modalidade de separação judicial litigiosa, qual seja a separação sem culpa, mas com causa, haja vista que “comprovada a inviabilidade de convivência, o pedido unilateral pode ser feito. E diferencia-se das demais causas-remédio, pois a iniciativa da ação independe

⁶⁷⁰ Em sua redação originária, o Código Civil de 1916 dispunha em seu artigo 317 o seguinte: “A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. adultério; II. tentativa de morte. III. sevícia ou injúria grave; IV. abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos”. Todavia, esse artigo foi expressamente revogado pela vigência da Lei do Divórcio, em face do determinado em seu artigo 54: “Revogam-se os artigos 315 a 328 e o parágrafo 1º do artigo 1.605 do Código Civil e as demais disposições em contrário”. O Projeto de Lei n. 6.960/2002 pretende alterar o inciso I para infidelidade, cujo significado é muito mais amplo que o adultério, que é um modo de infidelidade, e, no inciso IV, extirpar a frase “durante um ano contínuo”. A I Jornada de Direito Civil pretendia revogar esse artigo 1.573 (Enunciado n. 123), no entanto, pelo Enunciado n. 254 aprovado pela III Jornada, entendeu-se que: “Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incs.), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de ‘outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum’ – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges.”

do transcurso de prazo, podendo ser buscada a separação tão logo verificada a incompatibilidade entre o casal”.⁶⁷¹

Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em referência ao já citado artigo 1.511 da Lei Civil atual, referendam que sua interpretação “(...) poderá, quiçá, emoldurar, *contrario sensu*, uma hipótese de causa para ruptura da sociedade conjugal, naqueles casos em que pudesse restar comprovado que a comunhão existente entre os cônjuges já não é mais plena, mormente quanto ao aspecto espiritual do casamento. (...) tendo por fundamento a tão alardeada ‘incompatibilidade de gênios’”.⁶⁷²

O Superior Tribunal de Justiça, em paradigmático acórdão, antes mesmo da vigência do Estatuto Civil de 2002, sentenciou a separação judicial litigiosa sem culpa, ante a demonstração da insuportabilidade da vida em conjunto, como se confere:

“SEPARAÇÃO – Ação e reconvenção – Improcedência de ambos os pedidos – Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes.” (STJ – RESP n. 467.184–SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 5.12.2002, v.u.)⁶⁷³

Em seu voto, o ministro relator argumentou:

“2. Manifestando os cônjuges o propósito de obter do juiz o decreto de separação, e não provados os motivos que eles apresentaram, mas configurada a insuportabilidade da vida conjugal, parece que a melhor solução é decretar-se a separação do casal, sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no artigo 5º da Lei n. 6.515, de 26.12.1977, deixando de se constituir a sentença um decreto de separação-sanção para ser apenas uma hipótese de separação-remédio.”⁶⁷⁴

Com efeito, inexistente um cônjuge culpado pelo esfacelamento da relação matrimonial, entretanto, existe um motivo a justificar o rompimento do matrimônio, no caso, a insuportabilidade da vida em comum demonstrada pelos fatos carreados aos autos da separação judicial litigiosa, em ação e reconvenção.

⁶⁷¹ Francisco José Cahali, em atualização à obra de Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 233. Rolf Madaleno anota e referenda essa tese (*Direito de família em pauta*, p. 55).

⁶⁷² Euclides de Oliveira; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Do casamento*, p. 12.

⁶⁷³ *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 16, p. 87, jan./mar. 2003.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 89.

Yussef Said Cahali cita, dentre outras, decisão também prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível n. 170.594-4/0-00), sob as regras da Lei do Divórcio, em teor análogo ao acima, e conclui: “Trata-se, sem dúvida, de expediente pragmático, mas que tangencia as regras processuais e elimina a distinção entre divórcio-sanção e divórcio-remédio, cunsubstanciada no artigo 5º e seus parágrafos da Lei n. 6.515/77, mas que no futuro certamente virá a ser adotado, na medida em que o parágrafo único do artigo 1.573 do *Novo Código Civil* dispõe largamente que o juiz poderá considerar, para o decreto de separação judicial, ‘outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum’.”⁶⁷⁵

Arremata Luiz Felipe Brasil Santos: “Melhor teria sido que, espelhando a evolução que se tem observado sobretudo na jurisprudência, o legislador houvesse se limitado a prever apenas a separação judicial fundada em quaisquer fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum, eliminando a necessidade de apuração de culpas.”⁶⁷⁶

Importa não é aferir a culpa de um dos cônjuges, mas sim a existência de um fato que motive e justifique a impossibilidade da continuidade da vida comunitária, conquanto, repita-se, nenhum deles tenha perpetrado qualquer conduta desonrosa ou ato a ela análogo.

Se os preceitos íntimos que sufragam a convivência conjugal dissiparam-se, para que prevaleçam os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, por equidade há que se romper com o matrimônio, sobretudo se um dos cônjuges demonstra e comprova a existência de motivo justificador da impossibilidade da vida em comum, independente de culpa de quaisquer deles e da anuência do outro.

Motivando, demonstrando e comprovando um dos cônjuges a existência de um fato, certo e determinado – por exemplo, a extinção dos vínculos amorosos entre os parceiros –, que resulta na impossibilidade da vida em comum, ainda que inexista a grave

⁶⁷⁵ Yussef Said Cahali, *Divórcio e separação*, p. 602. Eis a ementa oficial do acórdão descrito: “Separação judicial litigiosa – Embora não provada a culpa do réu, desde que verificada, pelo conjunto probatório, a impossibilidade de reconciliação do casal, decreta-se a separação como remédio e não como sanção – Precedentes da jurisprudência – Inteligência do artigo 5º, *caput* da Lei n. 6.515/77 – Sentença reformada para decretar a separação – Apelo da autora provido em parte.” (TJSP – Apelação Cível n. 170.594-4/0-00, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Alexandre Germano, j. 12.12.2000, m.u.).

⁶⁷⁶ Luiz Felipe Brasil Santos, *A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil brasileiro*, p. 151.

violação dos deveres do casamento, e mesmo sem a concordância do outro, a solução equânime e adequada para esse matrimônio é a sua dissolução, com a extinção da sociedade conjugal.⁶⁷⁷

Está-se, assim, diante da *separação judicial litigiosa motivada, mas sem culpa de quaisquer dos consortes*, como justa solução para o impasse afetivo que reina; ordena-se a demonstração de um motivo, sem que se argumente a existência de culpado por esse motivo, motivo esse que esbarra na insuportabilidade da continuidade de vida conjugal.

É uma salutar novidade codificada.

Em seqüência, o artigo 1.572, parágrafo 1º da Lei Civil vigente cuida da separação judicial litigiosa fundada na separação de fato dos cônjuges há mais de um ano e a impossível reconciliação matrimonial, a denominada *separação-falência*, a qual, explicitamente, é idêntica ao texto legal tipificado no artigo 5º, parágrafo 1º da Lei do Divórcio, sem inovações, portanto.

Neste ponto, o que se pode destacar como inovador é a concessão de efeitos de fato e de direito à *separação de fato*, em variadas disposições do Código de 2002, com contradições quanto ao tempo dessa separação, como se infere dos seguintes artigos: 793, 1.642, inciso V, 1.723, 1.775, *caput*, 1.801, inciso III e 1.830. Desses, destaque-se o artigo 1.723, cujo parágrafo 1º reconhece a constituição de uma união estável, ainda que um dos companheiros esteja somente separado de fato de seu consorte. “Considero evolução porque este artigo eliminou dois elementos que acabavam ocasionando injustiças: ‘Primeiro’, a demarcação de um tempo rígido para a caracterização da união estável como fazia a Lei n. 8.971/94. (...) ‘Segundo’, foi a compreensão de que as pessoas que mantiveram seu estado civil de casadas, mas estando separadas de fato, poderão estar constituindo união estável.”⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ “APELAÇÃO CÍVEL. Separação litigiosa. Culpa não provada. Alimentos ao filho menor. Não tendo a prova testemunhal deixado clara a prática do adultério, não se pode falar em culpa do varão. *Entretanto, há que se emprestar valor jurídico à impossibilidade de manutenção do casamento, pela ausência da ‘affectio’ que lhe é própria, não se podendo condenar à convivência dois seres que não mais se suportam, pela singela razão de que não restou devidamente estampada nos autos a culpa sob qualquer de suas formas.* Decretada a separação judicial sem culpa, face a evidente falência do matrimônio. Deram parcial provimento.” (TJRS – AC n. 70000410688, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 3.5.2000, v.u. – destacou-se).

⁶⁷⁸ Rodrigo da Cunha Pereira, Da união estável, p. 210-211.

Estabelece outrossim o parágrafo 2º do artigo 1.572 do mesmo Código Civil a *separação-remédio*, acima decifrada, cuja novidade é a redução do lapso temporal da grave doença mental para dois anos.

Essa modalidade de separação judicial fora positivada no direito brasileiro com a Lei n. 6.515/1977 (art. 5º, § 2º), cujo conteúdo tem ofertado inúmeras controvérsias doutrinárias, consoante salienta Yussef Said Cahali⁶⁷⁹, que a aceita, acolhe e prestigia, e que se propagou no novo Código Civil.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, em estudo sobre o “dever de assistência imaterial ao cônjuge mentalmente enfermo”, conclui que o legislador procurou proteger o cônjuge sadio, como o enfermo, esquecendo-se de “impor sanção ao cônjuge sadio, pelo descumprimento do dever de assistência imaterial ao enfermo, após a separação judicial ou o divórcio”⁶⁸⁰. Em comentários ao texto do novo Código, complementa: “Esta correção realizada pelo novo Código Civil [artigo 1.572, parágrafo 3º] também está de acordo com o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana, no sentido de efetivamente facultar a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal àquele que deseja utilizar a espécie ‘ruptura’. Recorde-se, neste passo, que os cônjuges não podem ser acorrentados ao casamento, sob pena de violação à sua dignidade, de modo que facilitar-lhes a dissolução da sociedade conjugal também se coaduna com o mencionado princípio constitucional.”⁶⁸¹

Ainda sob a vigência da Lei do Divórcio, Washington de Barros Monteiro pronunciou-se: “Sem dúvida, descaridoso é o dispositivo legal. Autorizar a separação em virtude de grave doença mental é clara revelação de hedonismo ou egoísmo. Esqueceu-se o legislador de que o casamento é para os bons e os maus momentos. A doença não deveria de modo algum ser motivo de justificação, mas de desprendimento ou sublimação.”⁶⁸²

Luiz Felipe Brasil Santos acrescenta que essa separação “ofende o dever de mútua assistência moral (agora contemplado no art. 1.566, III do NCCB)”, e conclui: “A redução

⁶⁷⁹ Yussef Said Cahali, *Divórcio e separação*, p. 433-434.

⁶⁸⁰ Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*, p. 205.

⁶⁸¹ Regina Beatriz Tavares da Silva, *Novo Código Civil: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento*, p. 123.

⁶⁸² Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, 27. ed., 1989, v. 2, p. 205.

do prazo, entretanto, em nada contribui para tornar mais aceitável, na perspectiva ética, a hipótese, cuja utilização, de outro lado, nunca encontrou eco no meio jurídico nacional, o que se constata pela jurisprudência quase inexistente acerca do tema. Certamente contribui para a pouca utilização desse fundamento não apenas as restrições éticas que encontra, mas a dificuldade de fazer prova de todos os requisitos que a caracterizam.”⁶⁸³

Efetivamente, o artigo 1.566 do novo Código Civil brasileiro, ao cuidar dos deveres matrimoniais recíprocos, entabula a mútua assistência em seu inciso III; em face disso, há uma antinomia entre essas situações jurídicas, uma vez que, ao mesmo tempo que impõe o recíproco auxílio entre os cônjuges, assegura a qualquer deles o abandono do outro, mormente estando este acometido de grave doença mental.

Afora essa dicotomia legislativa, deduz-se que há extrema ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto, no período em que o cônjuge enfermo necessita do amparo de seus familiares, sobretudo de seu cônjuge – companheiro e consorte –, por expressa faculdade legal, este está autorizado a desampará-lo, deixá-lo ao relento, cuja proteção estará a cargo de qualquer outra pessoa, menos do próprio cônjuge.

O mero abandono voluntário – ou mesmo a institucionalização em local apropriado para a doença, com o posterior desamparo – do enfermo pelo cônjuge sadio talvez seja menos antiético do que essa possibilidade expressamente garantida pela norma legal, que se tipifica na garantia expressa de descumprir o dever conjugal assumido.

Inolvidável a sanção que será aplicada ao cônjuge sadio, discurrida no artigo 1.572, parágrafo 3º do Código de 2002, aplicável, no entanto, unicamente em casamento celebrado sob o regime da comunhão universal de bens.

Com efeito, decerto seja o caso de ser repensada essa disposição da Lei Civil.

Aliás, o sobredito Projeto de Lei n. 4.945/2005 pretende revogar o parágrafo 2º do artigo 1.572 do Código Civil vigente, uma vez que extirpa do sistema legislativo brasileiro toda e qualquer idéia ou menção a culpa ou responsabilidade pelo término da sociedade

⁶⁸³ Luiz Felipe Brasil Santos, A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil brasileiro, p. 152.

conjugal, dando nova redação à cabeça do artigo, no seguinte teor: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, quando cessar a comunhão de vida”. A I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, propõe, pelo Enunciado 122, a alteração do artigo 1.572, *caput* para: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial com fundamento na impossibilidade da vida em comum.”

Finaliza-se este discurso sobre a separação judicial apresentando-se, em face do que se discorreu, uma nova classificação para as modalidades de separação judicial no sistema jurídico brasileiro, em decorrência das regras contidas no Código Civil de 2002, assim sugerida: 1) *separação judicial consensual* (art. 1.574); e 2) *separação judicial litigiosa* (art. 1.572 e 1.573), a qual, por sua vez, poderá consistir em uma das seguintes modalidades: 2.1) *sanção* – com base na existência de culpa – (art. 1.572, *caput*); 2.2) *falência*: decorrente de separação de fato (§ 1º); 2.3) *remédio* (§ 2º do art. 1.572) – nada obstante sua paradoxal incongruência com os deveres matrimoniais e com o fundamento da dignidade da pessoa humana; 2.4) *separação judicial como solução*, decorrente de fato concreto que impossibilite a continuidade da vida em comum (art. 1.573 e parágrafo único).

4.11.5 O divórcio

Para ultimar este debate, há que se discurrir algumas tintas acerca do divórcio, cuja aparição no cenário jurídico brasileiro foi acima descrita – Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), com as posteriores mutações legislativas, mormente quanto aos seus lapsos temporais, como se verificará.

O divórcio motiva a dissolução da sociedade conjugal como do próprio vínculo matrimonial, sendo, por isso, a única causa voluntária de dissolução do casamento, pois a outra, que é o falecimento, real ou presumido, independe de manifestação de vontade de ao menos um dos cônjuges para ocorrer e para gerar a dissolução do matrimônio.

Estabelecem os artigos 1.580 a 1.582 do Código Civil de 2002 as disciplinas normativas acerca do divórcio em órbita infraconstitucional, haja vista que, como já se viu,

a Constituição Federal de 1988 trouxe ao mundo jurídico novas regras para esse rompimento do matrimônio.

Instituída a dissolução do casamento – Emenda Constitucional n. 9, de 1977 –, foi editada a Lei n. 6.515/1977⁶⁸⁴, com o fim de regulamentá-la. Neste instante, far-se-á um ligeiro *histórico legislativo* regulamentar do divórcio, a partir dessa lei especial, até a edição do Código Civil vigente.

Pelo disciplinado em seu artigo 54, essa Lei de 1977 revogou os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916, de sorte que todas as regras alusivas à separação judicial e ao divórcio passaram à sua observância, tanto em seus aspectos substanciais, quanto nos processuais.

Estabelecia originariamente o artigo 25 dessa lei especial: “A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou”. Destarte, por conversão, o divórcio somente seria concedido após três anos de separação judicial.⁶⁸⁵

Possibilitava essa Lei, excepcionalmente, o divórcio direto, como se denota do seu artigo 40, *caput*, também em redação primitiva: “No caso de separação de fato, com início

⁶⁸⁴ Até a presente data, essa Lei vige em seus aspectos de ordem processual, como enfatiza Euclides Benedito de Oliveira: “Acha-se revogada, assim, a Lei n. 6.515/77, que tratava da separação judicial e do divórcio, ao menos no que tange às normas de natureza material, atinentes às causas, requisitos e espécies, muito embora ainda subsistam seus dispositivos de cunho processual.” (Direito de família no novo Código Civil, p. 12). Nesse sentido esclarece Áurea Pimentel Pereira: “Na nossa visão, contudo, não irá ocorrer, em relação à Lei 6.515/77, o fenômeno da chamada ab-rogação (revogação total): a uma, porque não declarou o legislador, no novo Código, que, quando de sua vigência, a referida lei ficaria revogada; a duas, porque nem todas as disposições contidas naquela lei especial foram alteradas ou mesmo tratadas no citado Código, valendo lembrar que, na Lei Especial, existem normas de natureza procedimental, como é o caso das constantes dos artigos 3º, parágrafos 2º e 3º; 34 e seus parágrafos; 37 e seus parágrafos; 40 parágrafos 2º, I a IV e 3º; 47, 48, 51 e 52, a respeito das quais, aliás, nem era mesmo próprio a lei substantiva dispor” (*Divórcio e separação judicial no novo Código Civil*, p. 5). Para dissipar controvérsias hermenêuticas, pelo Projeto de Lei n. 6.960 de 2002 dar-se-á nova redação ao artigo 2.045 do Código Civil atual, o qual expressamente revogará os artigos 1º a 33, 43, 44 e 46 da Lei do Divórcio.

⁶⁸⁵ Pedro Sampaio leciona: “A concessão do divórcio em sua forma ‘ordinário’, foi dito alhures (ver n. 108), depende de prévia separação judicial. Este pressuposto não é, no entanto, ‘suficiente’, pois outras exigências lhe acompanham: prazo, completa solução do regime de bens, pela partilha, e regularidade na prestação dos alimentos.” (*Divórcio e separação judicial: comentários*, p. 160). Efetivamente, o artigo 36 determinava: “Do pedido referido no artigo anterior [artigo 35: conversão de separação judicial em divórcio], será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção. Parágrafo único - A contestação só pode fundar-se em: I - falta de decurso do prazo de 3 (três) anos de separação judicial; II - descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.”

anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo de separação e a sua causa”. Poder-se-ia valer desse direito o casal que estivesse separado de fato antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 9/1977, pelo prazo de cinco anos, mediante postulado judicial no qual se demonstrasse esse lapso temporal e também o motivo da separação de fato. Críticas e divergências várias reinaram sobre a interpretação desse artigo, até sua revogação.⁶⁸⁶

O parágrafo 1º do mesmo artigo 40 delimitava que “o divórcio, com base neste artigo, só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos”. Esse dispositivo determinava que a causa para o divórcio direto, estatuída na cabeça do artigo, que haveria de ser provada, seria quaisquer das causas estabelecidas para a separação judicial litigiosa, assim como o “prazo de experiência” – ou “período de provação” – ⁶⁸⁷ mínimo de dois anos, previsto no artigo 4º, que seria nesse caso despiciendo, haja vista que a separação de fato para esse divórcio exigia um lapso temporal de ao menos cinco anos, resultando na conseqüente e fatal superação daquele biênio.

Por derradeiro, impunha o seu artigo 38: “O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez”. Era o chamado divórcio único, que gerou controvérsias em sua interpretação, com repercussões sociais injustas, como anotado por Pedro Sampaio: “É a hipótese de haver um casal em que um dos consortes já se divorciara e o outro não. Teríamos, então, esta curiosa situação: ao cônjuge divorciado seria denegado o novo divórcio, enquanto que o outro, que nunca impetrara divórcio, iria consegui-lo. Como conciliar, do ponto de vista jurídico, situação tão díspare?”⁶⁸⁸

Em 1988, nasceu a Constituição democrática e cidadã, cujo artigo 226, parágrafo 6º determina: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação

⁶⁸⁶ Para Jander Maurício Brum: “A regra revogada foi alvo de sérias críticas, em especial sobre o início da contagem do prazo. Por outro lado, críticas eram feitas sobre as chamadas causas de separação” (*Divórcio e separação judicial*, p. 189). Alertava Pedro Sampaio que “este tipo de divórcio é transitório. A sua admissibilidade pressupõe, como dito, uma separação de fato prolongada, cujo início date de antes de 28 de junho de 1977. Por isso, à medida que o tempo decorrer, a iniciativa tende a diminuir e, finalmente, a desaparecer, se mantida esta forma dissolutiva por largo tempo.” (*Divórcio e separação judicial: comentários*, p. 234).

⁶⁸⁷ Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 213.

⁶⁸⁸ Pedro Sampaio, *Divórcio e separação judicial: comentários*, p. 227.

judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

Para regulamentar essas disposições constitucionais, foram promulgadas várias normas ordinárias, muitas das quais reformulando, outras revogando, artigos da sobredita Lei do Divórcio.

Assim, em 17 de outubro de 1989, foi sancionada a Lei n. 7.841 que, ao revogar expressamente o artigo 38 e o parágrafo 1º do artigo 40, ambos da Lei de 1977 – bem como o artigo 358 do Código Civil de 1916 – ⁶⁸⁹, empreendeu nova redação ao *caput* desse último, passando a ser a seguinte: “No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.”

Essa lei especial extirpou do sistema jurídico brasileiro a limitação ao número de divórcios, liberando as pessoas a utilizarem-no quantas vezes fossem necessárias, como também da obrigatoriedade de narrar e comprovar a causa que originou a separação de fato, motivadora do pedido de divórcio direto. Afora isso, reduziu o prazo dessa separação para apenas dois anos consecutivos, cuja única e imprescindível prova era a desse lapso temporal.

Nova redação foi imposta, outrossim, ao artigo 36, parágrafo único, inciso I da Lei n. 6.515/77, pois a contestação a pedido de conversão de separação judicial em divórcio poderia fundamentar-se em “falta de decurso do prazo de 1 (um) ano de separação judicial”, lapso temporal ânuo imposto pela Carta Federal de 1988; destarte, o divórcio indireto obteve redução do tempo de separação judicial de três para apenas um ano.

Depois disso, foi editada a Lei n. 8.408, em 13 de fevereiro de 1992, ditando novas diretrizes normativas à lei divorcista. Com efeito, o prazo de separação fática para sufragar o pleito de separação judicial foi reduzido de cinco para um ano, ante a nova redação empreendida ao artigo 5º, parágrafo 1º dessa Lei; e, ainda, no artigo 25, *caput*, para seguir a sobredita imposição constitucional, o tempo para o divórcio indireto foi

⁶⁸⁹ Artigo 1º da Lei n. 7.841/89.

estatuído em um ano, surgindo no direito positivo o parágrafo único desse artigo, com regras alusivas ao nome da mulher casada quando da conversão.

Essa a situação reinante no direito positivo brasileiro, até a vigência do Código Civil de 2002, o qual estabelece duas modalidades de divórcio: o *indireto* ou *por conversão da separação judicial em divórcio* e o *direto*, fulcrado unicamente em separação de fato.

A primeira delas (*divórcio por conversão*) está inserta no artigo 1.580, *caput*, que dita: “Decorrido 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio”. Comprovada pois a separação judicial entre o casal, com trânsito em julgado, e ainda o transcurso do ânuo legal, cujo marco inicial poderá ser até a data do trânsito em julgado da concessão de separação de corpos, poderá aquela ser convertida em divórcio. Alerta Yussef Said Cahali que esse prazo de um ano “não se interrompe nem se suspende, aliás nem mesmo por uma eventual ‘reconciliação de fato’”.⁶⁹⁰

Há que se complementar com outra doutrina de Yussef Said Cahali, agora acerca de requisito imprescindível para a conversão, que é justamente a existência de separação judicial transitada em julgado, nestes termos: “Qualquer que seja o critério adotado na determinação do termo *a quo* de fluência do prazo legal, impõe-se remarcar como condição necessária o ‘trânsito em julgado’ da sentença de separação dos artigos 4º e 5º da Lei do Divórcio, pois só esta, com aquele atributo, comporta converter-se em divórcio na forma do artigo 25; o que afasta, desde logo, a possibilidade de ‘converter-se’ a simples ‘separação de corpos’ diretamente em divórcio.”⁶⁹¹

Destarte, o que se converte em divórcio é a separação judicial que fora decretada, depois de transitada em julgado, e não a cautelar de separação de corpos, a qual poderá servir como base para o cômputo do lapso temporal de um ano; sem a separação judicial com trânsito em julgado, inexistente possibilidade jurídica para converter-se a medida cautelar em divórcio.

⁶⁹⁰ Yussef Said Cahali, *Divórcio e separação*, p. 1.005.

⁶⁹¹ Ibidem, mesma página.

Merece ser ressaltado, neste instante, recentes decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, as quais oferecem conflitantes interpretações ao citado artigo 1.580, *caput*, como se denota das seguintes ementas oficiais:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA – Jurisdição voluntária – Conversão consensual de separação judicial em divórcio – Cautelar de separação de corpos – Interpretação do artigo 1.580 do novo Código Civil. Na jurisdição voluntária, por se tratar de atividade materialmente administrativa e não jurisdicional, os limites rígidos referentes à estabilização da demanda devem ser abandonados em nome da conveniência da adoção de critérios flexíveis, o que é autorizado pelo artigo 1.109 do Código de Processo Civil. Diante das peculiaridades de cada caso, não se deve sacrificar o direito material e o interesse dos requerentes por mero apego às regras de rigidez legal. Havendo decorrido o prazo legal de um ano da concessão da cautelar de separação de corpos, e sendo tal medida consensual, como também é consensual o pedido de conversão em divórcio, tal medida deve ser concedida” (TJMG – Apelação Cível n. 1.0000.00.351838-8/000/Juiz de Fora – Rel. Des. Sérgio Braga – v.u. – 30.10.2003). Disponível em: <http://tjmg.gov.br/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=0&ano...>. Acesso em: 23 set. 2004).

“SEPARAÇÃO LITIGIOSA. Conversão em separação de corpos. Pedido de divórcio. Extinção do processo, sem julgamento de mérito. Recurso. É de ser reformada sentença que, em pedido de conversão de separação de corpos em divórcio, extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, pela impossibilidade jurídica do pedido. Recurso provido” (TJMG – Apelação Cível n. 1.0000.00.341377-0/000(1)/Belo Horizonte – Rel. Des. Cláudio Costa – v.u. – 30.10.2003). Disponível em: <http://tjmg.gov.br/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=0&ano...>. Acesso em: 23 set. 2004.

Entretanto, esse mesmo Tribunal de Justiça, em acórdão prolatado em 17 de agosto de 2004, acolhe, com exímia fundamentação, a interpretação doutrinada por Yussef Said Cahali, como se infere da elucidativa ementa oficial:

“APELAÇÃO CÍVEL. Ação de divórcio. Conversão. Prazo. Termo inicial. Separação de corpos. Inteligência do artigo 1.580 do Código Civil de 2002. Inexistência de separação judicial. Pedido juridicamente impossível. Recurso provido. 1. O requisito fundamental para ser convertida a separação judicial em divórcio, logicamente, é a existência da referida separação judicial. Se esta existir, permite o artigo 1.580 do Código Civil de 2002 que o termo inicial do interstício legal seja a data em que foi concedida medida cautelar de separação de corpos. 2. Negada a homologação de separação judicial litigiosa transformada em consensual, revela-se juridicamente impossível o pedido de conversão do que ainda não existe, ou seja, separação judicial em divórcio. 3. Apelação cível conhecida e provida.” (TJMG – Apelação Cível n. 1.0024.03.109644-9/001/Belo Horizonte – Rel. Des. Caetano Levi Lopes – v.u. – 17.8.2004). Disponível em: <http://tjmg.gov.br/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=3&ano...>. Acesso em: 23 set. 2004.

Sobre essa divergência, narra Luiz Felipe Brasil Santos o seguinte: “(...) É evidente que a conversão de separação judicial em divórcio pressupõe a prévia separação judicial. Entretanto, a dicção isolada do dispositivo – numa interpretação meramente gramatical, é certo – possibilita o entendimento de que seria viável converter a separação de corpos em divórcio. Felizmente a dubiedade resta afastada pelo parágrafo 1º, que não deixa margem à dúvida no sentido de que a conversão de que se trata é sempre de separação judicial em divórcio.”⁶⁹²

Essa a correta e coerente exegese que se há de empreender ao sobredito texto do Código de 2002, sob pena de ser reconhecida sua inconstitucionalidade, porquanto, expressamente, o artigo 226, parágrafo 6º da Constituição da República, impõe que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, *após prévia separação judicial* por mais de um ano nos casos expressos em lei, (...)” – destacou-se –, o que significa dizer que a Carta Federal exige explícita e claramente a prévia existência de separação judicial para que seja ela convertida em divórcio.

Com efeito, converter separação de corpos em divórcio – sem a prévia separação judicial – ofende texto constitucional expreso e taxativo.

A outra modalidade de divórcio é o chamado *divórcio direto*, estabelecido no artigo 1.580, parágrafo 2º do Código Civil em vigor, no qual se deve provar unicamente a existência de separação de fato entre o casal por mais de dois anos, independentemente do motivo, causa ou razão que sufragou essa separação fática. Comprovada essa separação, o divórcio será concedido (art. 226, § 6º, parte final da CF/1988).

Por falar em causa, o artigo 1.580, parágrafo 1º, relativo ao divórcio indireto, determina: “A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.”

Com efeito, seja por conversão ou diretamente, no divórcio não se discute a causa que o ensejou, é despicenda a perscrutação sobre os motivos que ensejaram a separação de fato do casal, para fundamentar o divórcio direto, como também dos que embasaram o

⁶⁹² Luiz Felipe Brasil Santos, A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil brasileiro, p. 155.

pleito de separação judicial, isso para a conversão dela em divórcio. Aliás, nem mesmo há que se perquirir como se processou a própria separação judicial, isto é, se foi um procedimento consensual ou litigioso; importa sim é $\exists$ existe o trânsito em julgado de antecedente separação judicial para o divórcio indireto.⁶⁹³

Referenda Luiz Felipe Brasil Santos que a Lei Civil exige “(...) unicamente o preenchimento do lapso temporal de dois anos de separação fática, tanto em sua forma litigiosa quanto consensual. Apenas baseado no ‘princípio da ruptura’, portanto, não se mostrando pertinente qualquer questionamento acerca da culpa.”⁶⁹⁴

O divórcio, seja ele direto ou indireto, pode ser postulado de forma consensual ou litigiosa, sendo certo que, por qualquer delas, a única prova requerida é a do lapso temporal de separação de fato, para o direto, e de separação judicial, para a conversão, alterando-se também o procedimento judicial, como alerta Antonio Carlos Marcato, uma vez que, para a forma litigiosa, será sempre o ordinário – seja direto ou indireto –, enquanto “para a ação de divórcio consensual, direto ou indireto, adotar-se-á o procedimento especial de jurisdição voluntária regido pelos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observado o disposto no parágrafo 2º do artigo 40 da Lei do Divórcio”.⁶⁹⁵

Novidade textualmente contida no Código Civil de 2002 é o seu artigo 1.581: “O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”. Destarte, a inexistência de partilha do patrimônio conjugal não é impeditivo à decretação do divórcio, haja vista que a ela poderá ser processada oportunamente e em procedimento judicial apropriado.

⁶⁹³ Quando da discussão do Projeto de Lei do Código Civil, em doutrina conjunta, inclusive com a oferta de emendas aos respectivos dispositivos legais, inclusive quanto à discussão de culpa e, portanto, da causa ensejadora da separação judicial e da de fato, merecem ser transcritas as seguintes narrativas: Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos sugerira: “O divórcio poderá ser requerido por um ou por ambos os cônjuges, comprovada a separação de fato por dois anos contínuos. § 1º - Em caso de pedido unilateral, o outro cônjuge poderá pedir a declaração da culpa do autor da ação, por grave violação de dever conjugal. § 2º - O cônjuge do doente mental não poderá pedir o divórcio regulado neste artigo”. (Álvaro Villaça Azevedo; Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, *Sugestões ao projeto de Código Civil: direito de família*, p. 35). Enquanto isso, professora Álvaro Villaça Azevedo: “Não se deve perpetuar a culpa, de modo que sua decretação deve caber somente na ação de separação, no período de dois anos, pois o legislador concedeu esse prazo, justamente, para a propositura da demanda litigiosa. Após esse prazo, sem que exista a aludida demanda, ocorre ruptura da sociedade conjugal, podendo os cônjuges somente comprovar, conjunta ou isoladamente, o decurso desse prazo, para que o juiz pronuncie o divórcio direto. No entanto, para o fim de perda do direito alimentar, deve ser possível sua apuração em processo próprio.” (Ibidem, mesma página).

⁶⁹⁴ Luiz Felipe Brasil Santos, *A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil brasileiro*, p. 155.

⁶⁹⁵ Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, p. 360-361.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça sumulara nesse sentido: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens” (Súmula n. 197).

Destaca Antonio Carlos Marcato que “a partilha poderá ser realizada até mesmo após o divórcio do casal, não mais prevalecendo, ante o que dispõe o artigo 1.581 do Código Civil, a proibição estabelecida pelo artigo 31 da Lei do Divórcio”.⁶⁹⁶

Assim sendo, o legislador civil acolheu tese sedimentada em seara jurisprudencial, tornando-a texto expresso de lei; posição de extrema justiça e que merece efusivos aplausos.

Visando dissipar qualquer interpretação contraditória, o Projeto de Lei n. 6.960 de 2002 explicita que tanto o divórcio direto quanto o indireto (por conversão), independem da prévia partilha, conferindo, pois, nova redação ao *caput* do sobredito artigo 1.581.

⁶⁹⁶ Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, p. 363.

CONCLUSÃO

O título desta tese – *A família decorrente do casamento e sua repercussão no Código Civil de 2002* – tipifica o que se visualizou como foco central do trabalho, qual seja, a análise da instituição familiar, especificamente a constituída pelo vínculo matrimonial, e suas conseqüências jurídicas na novel legislação civil codificada – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –, com primordial e exclusiva atenção ao Livro IV da Parte Especial, o que discorre sobre o direito de família.

Neste ponto, sabe-se que o relacionamento familiar, inclusive o nascido do casamento, ostenta variados efeitos jurídicos exteriores ao direito de família, até mesmo ao próprio direito civil ou ao direito privado, entretanto aqui a ótica é exclusiva à família que se poderia nomenclaturar de matrimonial ou conjugal e suas aplicações ao novo direito familiar, com peculiar atenção às intersecções legais entre o matrimônio e a família por ele constituída, desde sua celebração, inclusive os procedimentos preliminares, até a dissolução.

Pela retrospectiva histórica, mesmo que em breves tintas, do Código Civil de 2002, conclui-se que, pelos longos anos em que tramitou no Congresso Nacional, muitas leis ordinárias foram editadas, com especial atenção às inerentes aos relacionamentos familiares, sendo certo que até mesmo uma lei constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil, denominada de Constituição Democrática ou Cidadã, as quais acolheram neo-concepções à família brasileira, ofertando outrossim critérios hermenêuticos vinculados à proteção da pessoa humana.

Infere-se, desde logo, que o Código Civil brasileiro em vigência trouxe inovações ao direito de família, inclusive à família nacional, todavia a releitura dessa seara jurídica ocorre muito mais em decorrência da ordem constitucional imposta pela promulgação da Carta Federal de 1988, essa sim que transformou a família e o direito de família pretéritos, para suas concepções contemporâneas; destarte, há que se dizer que o corte epistemológico no sistema jurídico brasileiro, no que tange a esse ramo, verificou-se em 5 de outubro de 1988, com a edição dessa Lei Magna.

Reina, pois uma nova concepção de família, seja quanto à sua forma de constituição, seja quanto às pessoas que a compõem, dentre as quais permanece íntegra a constituída pelo casamento como uma de suas principais formas.

Independentemente de sua origem constitutiva, a família continua sendo, como sempre o foi, e oxalá continue eternamente a ser, a base sólida de toda a sociedade, verdadeiro amálgama na construção da sociedade brasileira.

Há que se ater, neste instante, aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana encartados na Carta Maior de 1988 como fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante o artigo 1º e seus incisos II e III, verdadeiros e reais vetores na análise e interpretação das normas infra e constitucionais. Esses fundamentos de exegese devem ser utilizados como primários no enfoque de toda a normatização, com eminente destaque no que se refere às relações de ordem familiar, os quais são referendados por outros tantos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana inerentes aos direitos da personalidade, dentre os quais o direito à vida é o primordial, uma vez que, sem ele, inexistiria razão para indagar a proteção a qualquer outro direito da pessoa humana.

As mudanças operacionalizadas na instituição familiar em campo legislativo decorrem das transformações sociais ocorridas na própria comunidade brasileira – neste ponto, diga-se que se prefere utilizar a terminologia mutação em vez de evolução ou retrocesso familiar, pois essa concepção está muito mais relacionada a aspectos sociológicos do que jurídicos; com efeito, o legislador constituinte de 1988, referendado pelo civil de 2002, sistematizou e tipificou essas mutações na família brasileira, amparando em seara legal a vocação social.

No relacionamento familiar, dentre inúmeras outras normas legais, ressalta-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), verdadeiros microssistemas legislativos que especial atenção dão à criança, ao adolescente e ao idoso, que merecem toda proteção do Poder Público, da sociedade e da própria família.

Define-se pois a família hodierna como a instituição formada por um homem e (ou) uma mulher e seus respectivos descendentes, seja essa relação matrimonial (casamento válido – civil ou religioso com efeitos civis) ou por união estável (entidade familiar), e ainda pela guarda, tutela ou adoção – para a criança ou adolescente – e pelo acolhimento, curatela ou adoção – para os idosos – (família substituta). A família natural equivale à biológica (consangüínea), que se diferencia da substituta, que é justamente substitutiva daquela.

Com finalidade exclusivamente didática, pede-se vênha para apresentar a seguir um quadro sinóptico representativo:

	é1 FAMÍLIA EM SENTIDO ESTRITO	
é1 FAMÍLIA NATURAL ï		é1.2.1 UNIÃO ESTÁVEL
ê	é1.2 ENTIDADE FAMILIAR ô	1.2.2 FAMÍLIA
FAMÍLIA ï		ë MONOPARENTAL
ï	é2.1 CRIANÇA E ADOLESCENTE	
ê	ê	2.1.1 GUARDA
é2 FAMÍLIA	ê	2.1.2 TUTELA
SUBSTITUTA	ê	2.1.3 ADOÇÃO
	é2.2 IDOSO	
	ê	2.2.1 ACOLHIMENTO
	ê	2.2.2 CURATELA
	ë	2.2.3 ADOÇÃO

O termo *família* é gênero, do qual família natural – família *stricto sensu* e entidade familiar – e família substituta são suas espécies.

Há que se fazer um breve parêntese para mencionar o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, à união ou relação homoafetiva, para a qual, sem qualquer conotação preconceituosa ou conservadora, conclui-se que legalmente inexistente amparo à sua inclusão como forma de constituir uma família – tanto que há pretensão de se apresentar projeto de lei de emenda constitucional para esse fim; enquanto isso, essa união, para seus consectários legais, em aspectos pessoais e patrimoniais, é uma sociedade de fato.

As referidas alterações sociais, seja na constituição ou na composição da família, no entanto, mantiveram íntegro o vínculo matrimonial como uma das formas de originar a

instituição familiar; destarte, como no passado, o casamento é ainda uma das primordiais formas de nascimento da família brasileira, repita-se.

É o casamento a união civil, ou religiosa com efeitos civis, entre um homem e uma mulher, por livres e espontâneas vontades, solenemente expressadas perante a autoridade competente para celebrá-la, fundamentada no recíproco amor e com a finalidade de constituir uma família, com plena comunhão de vida em felicidade.

Nessa definição estão insertos os principais requisitos do matrimônio: pessoas de sexos opostos; vontades expressamente por eles externadas – ou por procurador com poderes especiais; e celebração pela autoridade competente.

Observa-se outrossim que a finalidade primordial do enlace é a constituição de uma família. Com efeito, constituída estará uma família, ainda que prole inexista, porquanto essa atualmente é uma das finalidades da união legítima entre um homem e uma mulher, no entanto não mais é sua finalidade primária e primordial, haja vista a crescente quantidade de casais que, por variadas situações fáticas, descartam a possibilidade de procriarem, mas, entre si, mantêm todas as características da típica família.

As mutações familiares, seja em âmbito social e jurídico, resvalaram no próprio casamento, que também se transformou, não só em sua constituição, pois atualmente homem e mulher unem-se pelos laços nupciais visando o bem comum, tendo como base o afeto, o carinho, o respeito, enfim, o amor recíproco, que se permeiam mutuamente, cuja cumplicidade e felicidade na relação conjugal são os nortes visualizados e perseguidos por elas; a união conjugal, com efeito, há de se enraizar no amor entre marido e mulher.

Se a constituição do matrimônio há de ser interpretada com novas lentes, de igual modo, o aplicador haverá de focar seus olhos em um casamento fulcrado em relações muito mais afetuosas, senão exclusivamente afetuosas, do que impositivas ou decorrentes de qualquer outra conotação, de fato ou de direito.

Tanto assim o é que, em variadas passagens na viagem pelo Código Civil de 2002, infere-se que, no conflito entre regras, preceitos e solenidades matrimoniais desconsideradas e a família que se constituiu, desde que aquelas não sejam vícios de

extrema gravidade, prevalecerá o vínculo familiar instituído, em prejuízo das normas descumpridas. Destarte, entre a família constituída e as solenidades descumpridas, prefere-se a eficácia fática e jurídica daquele vínculo familiar.

Conotação dessa prevalência pode-se dizer que impera no próprio reconhecimento do casamento putativo, em prol da ou das pessoas que lograram em boa-fé, ou seja, que aceitaram as núpcias como constituição de um vínculo familiar, prevalência essa que, quanto à eventual prole, sempre aplicará as regras de validade do matrimônio – as núpcias serão putativas.

Com delineamentos contidos no artigo 1.514 do Código Civil de 2002, opta-se pela natureza jurídica complexa do casamento, por ser um típico contrato de direito de família, uma vez que, nas vontades manifestadas pelos nubentes, mesmo sendo requisito essencial, todavia não exclusivo, pois a constituição do ato nupcial exige a intervenção do juiz de paz, se solidifica a convenção cujas conseqüências legais estão previamente estampadas na Lei Civil.

Apesar do princípio da igualdade entre homem e mulher estatuído genericamente no artigo 5º, *caput* da Carta da República de 1988, tanto o legislador constituinte, quanto o civil de 2002, foram enfáticos em reprisar essa igualdade na sociedade conjugal, respectivamente nos artigos 226, parágrafo 5º e 1.511; assim sendo, esse princípio reina sublime nos direitos, deveres e garantias do casal.

O processo de habilitação, que é administrativo, é a primeira fase do casamento, seguida da celebração e do registro no Registro Civil. Esse procedimento encerra-se com a expedição do certificado de habilitação, com validade por noventa dias, quando caduca, se o matrimônio não for celebrado. Nessa fase, deverão ser aventadas as incapacidades matrimoniais ou civis, opostos os impedimentos e as eventuais causas suspensivas do casamento.

Ante à aludida isonomia, a capacidade matrimonial surge aos dezesseis anos de idade (art. 1.517 do CC/2002); pode-se contudo, por decisão judicial, suplementar essa idade, nos termos do artigo 1.520 do Código Civil vigente, cujas causas nele insertas – pena criminal e gravidez – hão de ser interpretadas como meramente exemplificativas.

Os impedimentos matrimoniais (art. 1.521 do CC/2002) tratam de verdadeira falta de legitimação para o ato nupcial, pois se aplica em uma dada situação concreta; em face disso, o inciso VI, que trata das pessoas casadas, refere-se a uma incapacidade, não a um impedimento, porquanto a pessoa casada está impossibilitada para convolar outras núpcias com quem quer que seja, isso em prol do princípio da monogamia.

Destaca-se aqui igualmente o inciso IV, parte final, em referência aos parentes colaterais até o terceiro grau, preferindo-se a tese hermenêutica que utiliza o Decreto-Lei n. 3.200/41 como parâmetro para a adequada ilação a esse texto legal.

No que tange às causas suspensivas do matrimônio (art. 1.523 do CC/2002), obtempera-se que a pessoa divorciada há de ser aceita como legítima interessada, nos termos do artigo 1.524 do Código atual, na arguição dessa causa, quando seu ex-cônjuge pretenda convolar novo casamento, sem ter-lhe dado a partilha do patrimônio.

O casamento, para que esteja apto a produzir efeitos, haverá de ser celebrado pela autoridade competente, qual seja o juiz de paz ou de casamentos, salvante a possibilidade de celebração pelo ministro religioso, na hipótese do casamento religioso com efeitos civis – ou seja, dê que a cerimônia religiosa seja levada a habilitação no Registro Civil; em tese, todo e qualquer culto matrimonial poderá surtir efeitos civis, desde que observe os bons costumes e não ofenda a ordem pública.

Pode o ato de celebração dispensar a presença da autoridade celebrante, o que se verifica no casamento nuncupativo ou *in extremis*, no qual, em benefício da família que se pretende constituir, são descartadas certas e determinadas formalidades do ato nupcial, inclusive a da presença da autoridade.

O registro, que é a terceira e última fase do casamento, é imprescindível para a validade jurídica do casamento, pois a certidão dele extraída é, em regra, prova plena e cabal do ato celebrado, salvante a posse do estado de casados, sempre em benefício da prole comum, da prova embutida em procedimento judicial (art. 1.546 do CC/2002) e do princípio *in dubio pro matrimonio*, estatuído no artigo 1.547 do Código Civil em vigência.

A presunção de paternidade é um princípio que valoriza o convívio familiar, priorizando o vínculo afetivo em face do meramente biológico, tanto que somente o marido da mulher que gere uma criança é que tem legitimidade ativa para impugnar a paternidade, mesmo que confessado eventual adultério; protege-se com isso a família constituída por esse matrimônio, realçando o afeto. Nada obstante, indiretamente esse vínculo pode ser debatido em outra pretensão judicial.

A dissolução da sociedade conjugal e do casamento está intimamente ligada ao matrimônio e à família por ele constituída, pois com seu rompimento manter-se-á, ou não, esse vínculo familiar.

O casamento será dissolvido pela morte, natural ou presumida, inclusive em face da ausência. Inquietação que reina é sobre o eventual retorno do ausente, sobre o que opta-se pela validade jurídica do segundo matrimônio, com plena dissolução do primeiro, repita-se, decorrente da ausência.

As nulidades matrimoniais são postas como causas terminativas da sociedade conjugal, nada se referindo quanto ao casamento inexistente, para o qual, caso tenha-se lavrado o respectivo registro, aplicam-se as regras normativas do casamento nulo, cujo efeito da sentença judicial que o reconhece será *ex tunc*, ou seja, retroage à data do ato celebrado.

Expressamente, as causas de anulabilidade do casamento estão descritas no artigo 1.550, incisos I a VI do Código Civil de 2002, com ressalvas no artigo 1.551 do mesmo Código.

Neste momento, focar-se-ão os vícios de consentimento, pois a coação e o erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge são os únicos a anular o matrimônio; todavia, acrescenta-se que o dolo é também causa de anulação, assim como a simulação, como vício social que é, poderá fulcrar a nulidade absoluta do ato nupcial, com o expresse reconhecimento do casamento simulado, que é ato jurídico nulo.

Criou o Código vigente a figura da autoridade aparente, nos ditames de seu artigo 1.554, cuja aplicabilidade é extensiva à incompetência absoluta da pessoa que celebrou o

ato nupcial, caso satisfeitos os requisitos nele apostos; destarte, em benefício da família constituída e da dignidade dos cônjuges, que de boa-fé confiaram na pessoa do celebrante, valida-se o matrimônio.

A separação judicial, litigiosa ou consensual, apenas termina com a sociedade conjugal, mantendo íntegro o vínculo matrimonial, o que possibilita o restabelecimento do casamento.

Malgrado o número de críticas, o legislador positivou a idéia de culpa como causa a fundamentar a separação judicial; obtempera-se, no entanto, a criação legal da separação judicial motivada, mas sem culpa, nos ditames do artigo 1.573 do Código Civil de 2002; por isso, ousa-se a sugerir a seguinte classificação: 1) *separação judicial consensual* (art. 1.574); e 2) *separação judicial litigiosa* (arts. 1.572 e 1.573), a qual, por sua vez, poderá consistir em uma das seguintes modalidades: 2.1) *sanção*: com base na existência de culpa (art. 1.572, *caput*); 2.2) *falência*: decorrente de separação de fato (§ 1º do art. 1.572); 2.3) *remédio* (§ 2º do art. 1.572); 2.4) *separação judicial como solução*: decorrente de fato concreto que impossibilite a continuidade da vida em comum (art. 1.573 e parágrafo único).

Mantido está o prazo de experiência ou período de provação como requisito basilar da separação consensual, como também a cláusula de dureza (art. 1.574, parágrafo único), aplicável que é a toda e qualquer situação em que se postule a separação amigável, independentemente do lapso temporal do consórcio.

A separação judicial como remédio, além de ser expresso descumprimento aos deveres matrimoniais dispostos no artigo 1.566 do Código atual, é ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação cônjuge doente.

O divórcio, direto ou por conversão, termina com a sociedade conjugal e dissolve o casamento. Dita-se que é a separação judicial – decretada por ato judicial – que será convertida em divórcio, pois assim exige o texto constitucional, em seu artigo 226, parágrafo 6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” – destacou-se; destarte, repita-se, é a separação judicial que se

converte em divórcio, nunca a separação cautelar de corpos que, se assim se operar, está fadada a patente inconstitucionalidade.

Tanto para a separação judicial como para o divórcio, a partilha do patrimônio poderá ser postergada, aplicando-se por analogia, em ambas as hipóteses, o artigo 1.581 do Código Civil em vigência.

O desenlace matrimonial, mormente pela separação judicial ou pelo divórcio, caracteriza a concepção moderna de casamento, pois os cônjuges manter-se-ão sob o manto matrimonial se assim preferirem, estando desobrigados de permanecerem casados contra suas vontades, ainda que motivos justificáveis existam para o rompimento do matrimônio. Nesse aspecto, o Código Civil de 2002, em referendo a essa nova conotação matrimonial, facilitou a busca pelo término da sociedade conjugal e do próprio casamento, em inteira sintonia com as alterações legislativas dos últimos anos.

Hodiernamente, pode-se constituir uma família por um casamento ou não, sendo da exclusiva vontade do homem e da mulher a opção pela forma de instituir o seu relacionamento familiar.

De igual modo, a opção pelas núpcias é autônoma e com maior facilidade que no passado, como dela também se desata com muito mais tranquilidade e amparo legislativo, independente de motivação, fatores esses que tipificam a assunção matrimonial como de livre e espontânea vontade dos nubentes, e que nela se mantêm, da mesma forma, consoante seus peculiares interesses.

Enquanto houver amor, afeto, respeito e cumplicidade, que se mantenha íntegro o matrimônio, todavia, mesmo com o seu desenlace, a família dele originada poderá se manter, sob outra ótica, como a família monoparental.

O casamento é um vínculo originado do amor recíproco entre os cônjuges, cujo escopo primordial é a constituição de uma família – denominada família conjugal ou matrimonial –, a qual é a base sólida da sociedade brasileira, e que assim perdure, pois é esse vínculo familiar que solidifica a personalidade de seus membros, seja marido, mulher ou filhos; por outro ponto, sendo a família o liame entre seus componentes e a sociedade,

embasada aquela em princípios e preceitos éticos e morais, por coerência, essa sociedade será cada vez mais justa e solidária, visando o bem-estar e a felicidade de todos os seus integrantes.

Os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, somados aos preceitos de afeto, carinho, cumplicidade, respeito e amor mútuos entre os cônjuges, com vistas à felicidade pessoal e familiar, são os ingredientes exegeticos para as regras e normas alusivas ao relacionamento conjugal e familiar; sempre que satisfeitos, priorizar-se-á a validade e eficácia do matrimônio, para que se perenize a primazia da família dele decorrente.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1 e v. 2 (6. ed., 2000).

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coords.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 167-211.

_____. Direito constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 309-323.

ANDRADE, Fernando Dias. Sobre ética e ética jurídica. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, SP, n. 8, p. 99-129, 2002.

ANTEPROJETO do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1972.

AOKI, Luiz Paulo Santos. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais (arts. 28-32). In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; MENDES, Emílio Garcia (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 105-126.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos humanos: família, sua constituição e proteção. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas*. 4. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11-25.

_____. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

_____. Do bem de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 193-205.

_____. *Do concubinato ao casamento de fato*. Belém: CEJUP, 1986.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Sugestões ao projeto de Código Civil: direito de família, 1ª parte. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 730, p. 11-49, ago. 1996.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a 'vacatio legis'*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 329-351.

BARASSI, Lodovico. *La famiglia legittima: nel nuovo Codice Civile*. 3. ed. aum. Milano: Giuffré, 1947.

BARBOSA, Águida Arruda. O conceito de família no novo Código Civil brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas* 4. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-10.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *O casamento no novo Código Civil brasileiro*. 2003. 244 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

_____. *Direito de família: manual de direitos do casamento sob a ótica do Código Civil Lei n. 10.406/2002*. São Paulo: Suprema Cultura, [2003?].

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*, p. 607-620. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

_____. Ideologia da família e *vacatio legis*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 11, p. 5-17, out./dez. 2001.

_____. Matrimônio e patrimônio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 8, p. 5-12, jan./mar. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. reform. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BIRCHAL, Alice de Souza. Ordem de vocação hereditária no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 17, p. 149-163, abr./maio 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. rev. e atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *Direito de família*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

_____. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito de família e sucessões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BOFF, Leonardo. *Ética e moral: a busca dos fundamentos*. Petrópolis: Vozes, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 14.

BORDA, Guillermo A.; BORDA, Guillermo J. *Manual de derecho de familia*. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

BORGHI, Hélio. A ausência vista atualmente e no futuro Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, p. 38-68, abr./jun. 2002.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 6. ed. atual. Buenos Aires: Astrea, 2004.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Direitos do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRUM, Jander Maurício. *Divórcio e separação judicial*. 2. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 181-192.

_____. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Efeitos não patrimoniais da união estável. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. , v. 2, p. 101-124.

_____. Ação de nulidade e anulação do casamento. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Família e casamento: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 153-175.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. rev. e atual de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Dos alimentos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 15-25.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Contradição no regime da separação absoluta de bens. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 26, p. 62-74, out./nov. 2004.

_____. Mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável: conflito de normas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 22, p. 151-165, fev./mar. 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed. rev., ampl., e atual. com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. Da solidariedade da obrigação alimentar em favor do idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, v. 6, n. 25, p. 42-57, ago./set. 2004.

_____. *O idoso e o direito de família*. Disponível em: <[http:// www.direitodoidoso.com.br](http://www.direitodoidoso.com.br)>. Acesso em: 3 fev. 2006.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 4. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. 4.

CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. A família, a sociedade e o direito. In: ELESBÃO, Elsitá Collor (Coord.). *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 87-101.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2001.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 5, t. 1.

CICCO, Cláudio de. Interpretação histórica para as lacunas do novo Código Civil de 2002. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, n. 28, p. 161-162, mar./abr. 2004.

CÓDIGO Civil: Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984 – redação final. Brasília: Senado Federal, 1997.

CÓDIGO de Direito Canônico: *Codex Iuris Canonici*. 14. ed. rev. e ampl. Tradução: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). São Paulo: Loyola, 2001.

CÓDIGO de Hamurabi: Código de Manu, excertos: livros oitavo e nono, lei das xii tábuas. Supervisão Editorial de Jair Lot Vieira. Bauru: Edipro, 1994. (Serie Clássicos).

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 239-250.

_____. A Constituição Federal e a união estável entre o homem e a mulher. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 42-56.

COMPARATO, Fábio Konder. O direito como parte da ética. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri, SP: Manole, 2004. p. 1-10.

_____. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: DIREITOS humanos: visões contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001. p. 15-29.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O direito de família no projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4, p. 222-243.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. v. 1.

CURY, Munir; GARRIDO DE PAULO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino et al. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELLA TORRE. Maria Benedita Lima. *O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*. 8. ed. São Paulo: Nacional, 1980.

DE PLÁCIDO E SILVA, José Oscar. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1-3.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Liberdade sexual e direitos humanos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a 'vacatio legis'*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 85-88.

_____. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 65-79.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil*. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. *Curso de direito civil: direito de família*. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 80, n. 667, p. 17-23, maio 1991.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil: família*. São Paulo: Nelpa, 2002. v. 5.

ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. O consentimento para casamento de incapazes e o seu suprimento judicial. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 46, n. 125, p. 115-137, abr./jun. 1984.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro: comentada na ordem dos seus artigos*. 3. ed. atual. por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família – ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, n. 23, p. 5-21, abr./maio 2004.

FELIPE, J. Franklin Alves Felipe. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. atual e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

FESSEL, Regina Vera Villas Bôas. Os fatos que antecederam e influenciaram a elaboração do atual projeto de Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 7, p. 187-193, jul./set. 2001.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil: estrutura do projeto e etapas de elaboração*. Disponível em: <<http://www.fiuza.com.br/artigo5.htm>>. Acesso em: 1º fev. 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Do vínculo conjugal. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, n. 37, p. 77-147, abr./jun. 1962.

FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese e IBDFAM, v. 4, n. 15, p. 131-150, out./dez. 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Da ausência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 822, p. 28-51, abr. 2004.

_____. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Moral e direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 831, p. 727-740, jan. 2005.

_____. Algumas considerações sobre o novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 9, p. 18-35, jan./mar. 2002.

GARBIN, Luciana. Casar está na moda. Com muita festa. *O Estado de S. Paulo*, Cidades, São Paulo, 16 maio 2004. Disponível em: <<http://txt.estado.com.br/servicos/jd/imprimir.php?deonde=/editorias/2004/05/16/cid02...>>. Acesso em: 18 maio 2004.

GARCEZ, Marcos Nogueira. *Adoção e tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GARCIA, Marco Túlio Murano. União estável e concubinato no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 20, p. 32-44, out./nov. 2003.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Traduzido por Maria Cristina de Cicco, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a 'vacatio legis'*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 109-141.

GLANZ, Semy. União estável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 676, p. 14-27, fev. 1992.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Direito de família*. 11. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Denise Willhelm. Regime de bens no Código Civil brasileiro vigente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 22, p. 109-127, fev./mar. 2003.

GRACIANO, Potyguara Gildoassu. *Princípio da dignidade da pessoa e direitos humanos*. 2002. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri, SP: Manole, 2004. p. 35-50.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 125-142.

GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. *Direito eclesiástico*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Destaques do novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=202&CodTema=59&Tipo=1>. Acesso em: 23 nov. 2004.

_____. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 1, p. 7-17, abr./jun. 1999.

INDISSOLUBILIDADE do casamento nas Constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 1, n. 1, p. 69-77, mar. 1964.

JOÃO XXIII, Papa. *As encíclicas sociais de João XXIII*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963. v. 2.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo: ensaio de análise de uma função em psicologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

_____. Os sete pecados capitais do novo direito de família. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 833, p. 66-81, mar. 2005.

_____. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A monografia jurídica*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A família monoparental como entidade familiar. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 44-70. v. 2.

_____. O concubinato frente a nova Constituição: hesitações e certezas. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 94-107.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: IBPS, 1991.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies*. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3.

_____. *Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões*. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

_____. De frente para a Constituição. *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, n. 21, p. 3, jul./ago. 2003.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do ‘*numerus clausus*’. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a ‘vacatio legis’*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 89-107.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 141-153.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOTUFO, Renan. Separação e divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e comparado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 207-212.

MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 155-179.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de família no novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MALHEIROS, Antonio Carlos; CASABONA, Marcial Barreto. Da curatela. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 251-262.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. O nome da mulher casada. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 46, n. 124, p. 145-174, jan./mar. 1984.

_____. Reconhecimento dos filhos ilegítimos. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 46, n. 126, p. 130-167, jul./set. 1984.

MARQUES JÚNIOR, Sílvio. *Introdução à ciência do direito*. Bauru: Tipografia Comercial, 1962.

MARRONE, José Marcos. Efeitos civis do casamento religioso. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 44, n. 117, p. 21-39, abr./jun. 1982.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 819, p. 23-36, jan. 2004.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, p. 24-48, jul. 1998.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. São Paulo: LTr, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. 2. ed. rev. e aum. Brasília: Cegraf, 1983.

MODESTO, Cristiano Tessinari; REZENDE, J. R.; MANHÃES, Mônica Muniz. Breve análise do Projeto de Lei do Senado n. 243, de 2002: uma nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. *Síntese Jornal*, Porto Alegre, Síntese, n. 85, p. 9-11, mar. 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais (arts. 25-27). In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; MENDES, Emílio Garcia (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 100-105.

_____. *Curso de direito civil: direito de família*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

_____. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 6.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 69-81.

NALINI, José Renato. A família brasileira do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, p. 9-27, jan./mar. 2000.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados: atualizado até 15.03.2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 291-315.

OLIVEIRA, Basilio de. *Concubinato: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de família no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre; Síntese; IBDFAM, n. 18, p. 5-29, jun./jul. 2003.

_____. *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 1-8.

_____. Do casamento. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-33.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 3. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2000.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *A doutrina social ao alcance de todos*. São Paulo: LTr., 1991.

OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de. Da possibilidade de indenização entre cônjuges por dano à honra. *Revista de Responsabilidade Civil*, Campinas, Mizuno, p. 333-347, 2000.

OSÓRIO, Luiz Carlos. *Família hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

PELUSO, Antonio Cezar. A culpa na separação e no divórcio: contribuição para uma revisão legislativa. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p. 41-58. (Caderno de Estudos, n. 2).

PEPE, Iolanda; AMBROSIO, Rosa. *Diritto civile: istituzioni di diritto privato*. 5. ed. Nápoli: Simone, 1994.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial no novo Código Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *A nova Constituição e o direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14. ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

_____. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

_____. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Apresentação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. v-vi.

_____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. atualizado conforme o novo Código Civil por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004, 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n. 16, p. 5-11, jan./mar. 2003.

_____. Sexualidade, um direito à vida. *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, n. 23, p. 7, nov./dez. 2003.

_____. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 207-223.

_____. A culpa no desenlace conjugal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4, p. 322-340.

_____. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Concubinato e união estável*. 3. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. O direito de família e o novo Código Civil: principais alterações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 804, p. 43-53, out. 2002.

_____. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 117-132.

_____. Algumas questões de direito de família na nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 639, p. 247-253, jan. 1989.

_____. Tendências modernas do direito de família. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 628, p. 19-39, fev. 1988.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 125-140.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 2. ed. atual. e anotações por Vicente de Faria Coelho. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 833, p. 41-53, mar. 2005.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PINTO, Nelson Luiz. O direito de família no projeto do Código Civil. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino de Bauru*, Bauru, A.R. Editora e Artes, n. 22, p. 17-28, ago./nov. 1998.

PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família: reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 83-96.

PIVA, Rui Carvalho. A legitimidade da família para tutelar interesses difusos. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coords.). *O Código Civil e sua interdisciplinariedade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 455-476.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito de personalidade, direito de família e direito matrimonial (existência e validade do casamento)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 7.

_____. *Tratado de direito de família*. 3. ed. ref. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1.

PRICE WATERHOUSE. *A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada*. São Paulo, 1989.

REALE, Miguel. Cônjuges e companheiros. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 27 de março de 2004, Caderno 1. p. 2.

_____. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Prefácio à 1ª edição. In: *Novo Código Civil brasileiro: estudo comparativo com o Código Civil de 1916*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, n. 9, p. 9-17, jan./mar. 2002.

_____. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Visão geral do projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 752, p. 22-30, jun. 1998.

_____. *Lições preliminares de direito*. 19. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1991.

REIS, Clayton. A mudança do regime de bens no casamento em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, v. 5, n. 20, p. 5-19, out./nov. 2003.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Introdução ao direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Ernesto. A história do Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 447-457, jan./mar. 1979.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

_____. Considerações sobre direito civil (julho do ano 2000). In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coords.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 533-545.

_____. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

ROMERO, Sílvio. *Ensaio de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

RUSSO, José. Casamento perante autoridade consular. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, v. 6, n. 23, p. 55-65, abr./maio 2004.

SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial: comentários*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SAMPEL, Edson Luiz. *Introdução ao direito canônico*. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia de vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 211-221.

_____. A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, v. 3, n. 12, p. 146-160, jan./mar. 2002.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão: direito de família*. 9. ed. rev. tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SEGURADO, Milton Duarte. *Pequena história do direito brasileiro*. 2. ed. Campinas: Mizuno, 2000.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 628, p. 7-18, fev. 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SILVA, Paulo Lins e. O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a 'vacatio legis'*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 353-360.

_____. Da nulidade e da anulação do casamento. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 35-64.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Novo Código Civil: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento. *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, v. 22, n. 68, p. 120-126, dez. 2002.

SILVEIRA, Alípio. *Do erro essencial na anulação do casamento*. São Paulo: CONTASA, 1969.

SOUZA, Paulo do Amaral. O direito de família e das sucessões face ao novo Código Civil: principais alterações. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de direito civil e o novo código*. São Paulo: Ministério Público. Procuradoria Geral da Justiça: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. p. 171-192.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, v. 6, n. 26, p. 18-34, out./nov. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Maria Celina Bodim Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 187-200.

VALENTIM, Daniela Rodrigues; MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Convenção Americana de Direitos Humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 321-349.

VALLERIO, Ciça. Os sem-descendentes. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 29 de janeiro de 2005. Disponível em: <[http:// txt.estado.com.br/ servicos/ jd/ imprimir.php? deonde=/suplementos/fem/2005/01/29/fem004.1](http://txt.estado.com.br/servicos/jd/imprimir.php?deonde=/suplementos/fem/2005/01/29/fem004.1)>. Acessado em 1º fev. 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito da família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982.

VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, v. 5, n. 17, p. 142-148, abr./maio 2003.

_____. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 225-237.

_____. *União estável*: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência. Belém: CEJUP, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

_____. *Direito civil*: direito de família. 3. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

VIANA, Marco Aurélio Sá. *Da guarda, da tutela e da adoção*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 15-30.

_____. Casamento e família na futura Constituição brasileira: a contribuição alemã. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 24, n. 96, p. 291-302, out./dez. 1987.

_____. Separação, divórcio & concubinato. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 152, p. 187-191, out./dez. 1979.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 15. ed. rev., atual. e ampl. pelo autor de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), com a colaboração da Professora Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito civil*: introdução e parte geral. 9. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

WATANABE, Kazuo. Breve reflexão sobre a natureza jurídica da sentença de nulidade de casamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 69, n. 542, p. 20-28, dez. 1980.

WELTER, Belmiro Pedro. *Separação e divórcio*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZANLUQUI, Wilson Júlio. O direito da sucessão entre cônjuges e companheiros no Código Civil de 2002. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coords.). *O Código Civil e sua interdisciplinariedade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 420-440.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Reflexões sobre o novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 3, n. 16, p. 96-115, mar./abr. 2002.