MARCO AURELIO S. VIANA

# CURSO DE DIREITO CIVIL

## DIREITO DE FAMÍLIA

(Artigos 1.511 a 1.783)

gen | EDITORA FORENSE

DIREITO CIVIL, DIREITO DE FAMÍLIA, Marco Aurélio S. Viana, Editora Del Rey, 2ª ed., 1998.

Capítulo 1

# & DIREITO DE FAMÍLIA

Sumário

1- Acepções do vocábulo família

2- A família

3- Direito de família

4- Características e natureza dos direitos de família

5- Princípios constitucionais

6- Entidade familiar

7- Interpretação das normas legais pertinentes ao Direito Família 8- Do Código de Família

## & 1 ACEPÇÕES DO VOCÁBULO FAMÍLIA

O vocábulo família apresenta três acepções: a) restrita; b) ampla; c) amplíssima.

O Código Civil utiliza-o em acepção restrita, quando tem a família como os cônjuges e a prole (art. 233, IV). O Estatuto da Criança e do Adolescente procede da mesma forma, ao dispor a respeito da família substituta (art. 25).

O diploma civil emprega o vocábulo, também, em sentido amplo, nele incluindo o casal, parentes e estranhos, como é o caso de serviçais, mas que vivem sob o mesmo teto (art. 744).

Em sentido amplíssimo a família envolve o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo de consangüinidade, que descendem do mesmo tronco ancestral. Aqui, também, o cônjuge, enteados, genros, noras e os cunhados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente distingue entre a família natural e a fam1ia substituta.

Aquela é formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, ligados por laços de sangue, enquanto esta é a que recebe a criança ou o adolescente, por um dos institutos permitidos pelo Estatuto.

& 2 A FAMÍLIA

Não é necessário nenhum esforço para se concluir que a família, como instituição, conheceu profundas transformações, só guardando remota identidade com seus antecedentes históricos. A grande família, que compreendia a própria linha de escravos, cede passo à família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho. A família romana estava alicerçada 24 MARCO AURELIO S. VIANA

sobre o princípio da autoridade, em que o pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. A mulher

ocupava posição subalterna; os filhos estavam submetidos à autoridade paterna em tal nível, que o pai tinha sobre eles direito de vida e de morte (ius vitae ac necis). E no direito romano o termo família apresentava duas significações, designando o grupo de pessoas submetidas, em dado momento, à autoridade soberana de um chefe (familia jure proprio), ou o grupo de todas aquelas que seriam submetidas a uma autoridade única, se o pater familias comum ainda vivesse (Familia jure comnuni).

A evolução operada no sentimento humano, sob a inspiração do Cristianismo, abrandou o rigor dos primeiros tempos e caminhou, da unidade proposta para fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, para o grupo de companheirismo e lugar de afetividade.' A organização autocrática da família cede lugar a uma orientação democrático-afetiva. A família no presente é, muito mais do que antes, o espaço de realização pessoal-afetiva, despatrimonializada.

A família sofre o embate da ciência e da tecnologia, que dispensam o congresso sexual para procriar. a inseminação artificial, a concepção ian vitro, a denominada barriga de aluguel são exemplos desse novo estado de coisas, que abalam os alicerces tradicionais do Direito de Família.

O pátrio poder cede lugar ao pátrio dever. O direito francês substitui a puissance paternelle do Código de Napoleão pela autorite parentale. O poder, refletindo a patria potestas do direito romano, cede lugar à idéia de autoridade, em que está presente a concepção de proteger, assegurar segurança, saúde e moralidade aos filhos. O direito pátrio não fica alheio a esse novo estado de coisas, que se reflete na Constituição Federal de 1988 (art. 226) e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O novo rumo dado ao pátrio poder, a isonomia conjugal, o fim das distinções entre os filhos conforme sua origem, que o texto constitucional consagrou, revela que, no seio da família, predomina a igualdade, a liberdade, o respeito. A família patriarcal, sacralizada, autocrática morreu.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

# 25

A tutela persegue, agora, o equilíbrio entre o interesse social e o interesse privado. É na família que o ser humano nasce e se desenvolve, plasma sua personalidade para, depois, integrar-se na sociedade. Por isso, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (Constituição Federal, art.

227). A tutela do bem do menor assume conotação incisiva.

O direito busca dar à família uma nova organização, procura captar o caudal de novas situações criadas, reconhecendo-lhe como núcleo de preparação do ser humano para a vida. A igualdade assume seu lugar, o respeito, também. Marido, mulher e filhos, todos são titulares de direitos e obrigações, sem contar os deveres que decorrem da constituição do universo familiar.

Há igualdade. A realização pessoal da afetividade inclui-se entre as funções básicas da família. A dignidade humana desponta, a unidade na affectio consolida-se, a afetividade prepondera.

Efetiva-se com maior rigor o direito de fundar uma família, presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem. E o legislador pátrio acolhe essa concepção e admite a família fora do casamento, estatuindo que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, determinando que a lei deve facilitar sua conversão em casamento.

A família monoparental está ao lado da união estável como entidade familiar. A Constituição Federal estabelece que é entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º, art. 228).

A própria vinculação biológica tradicional cede passo à família como estruturação psíquica onde cada membro tem seu lugar definido. Falamos em lugar definido porque uma pessoa pode assumir o lugar de pai sem sê-lo biologicamente, ou de mãe sem que o vínculo natural esteja presente. O

raciocínio vale para o filho, também, como se passa na adoção. É possível que o pai ou a mãe biológicos não ocupem os lugares referidos, por motivos os mais diversos, até mesmo a dificuldade de desempenhar esse papel.

A Constituição Federal refletiu a evolução operada no plano internacional, onde ela é considerada instituição social imprescindível. No direito tcheco, antes das transformações operadas, o Código de Família dava à família papel tão importante, que se tinha a construção do socialismo igualmente importante no domínio da vida familiar e a finalidade social do casamento era a constituição da família e a educação dos filhos. A mesma orientação vamos encontrar na Lei Fundamental sobre Casamento



da ex-luguslávia, dizendo que o fim perseguido era proteger, da melhor maneira possível, e regulamentar as relações que se operam no seu seio. A família era tida como instituição importante socialmente falando, devendo ficar sob a proteção do Estado.

Como já foi bem colocado, a família cumpre certas finalidades básicas no mundo fático, a partir da concepção universalmente aceita de que é a célula vital do organismo social: a primordial, de gerar e de formar outras pessoas assegurando a perpetuação da espécie; a conseqüente, de contribuir para a manutenção e o desenvolvimento do Estado, inserindo em seu seio pessoas preparadas para a vida social.

Em verdade a família é a escola do espírito, onde se forja o caráter do ser humano e ele é preparado para o convívio social.

Vivemos um momento de transformações. Reclama-se cautela e prudência para que não caminhemos para os extremos, onde a turbulência sempre está presente.

## & 3 DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família envolve as normas que regulam o direito matrimonial, o direito parental, direito assistencial e o direito relativo às entidades familiares (união estável e família monoparental).

No direito matrimonial temos as disposições legais pertinentes ao casamento,

dispondo a respeito das formalidades preliminares, impedimentos, celebração, prova, vícios do casamento, efeitos jurídicos, direitos e deveres dos cônjuges, regime de bens, dissolução da sociedade conjugal e desfazimento do vínculo.

No direito parental ou direito derivado do parentesco encontramos as normas concernentes às relações de filiação, de adoção, pátrio poder e alimentos.

No direito assistencial estão compreendidas as regras atinentes à tutela, à curatela e à ausência. Os institutos da curatela e da tutela têm cunho complementar, estando presentes devido às suas finalidades e conexão com o Direito de Família.

No âmbito do Direito de Família temos, em síntese, a disciplina do casamento, das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges e entre pais e filhos, do vínculo de parentesco, da tutela, da curatela e da ausência.



Nesse universo encontramos relações pessoais, patrimoniais e assistenciais e os seguintes institutos: casamento, filiação, pátrio poder, tutela, curatela, alimentos e ausência.

O casamento é o centro do qual irradiam as normas básicas do Direito de Família. Importante notar que o legislador pátrio não se descurou da família constituída fora do casamento, fato já salientado. Mas dá ao instituto do casamento posição de relevo, pela sua importância social e jurídica. Ele gera relações patrimoniais e pessoais, que alcançam os cônjuges e a prole. Tem um sistema próprio e peculiar de nulidade, anulabilidade e inexistência. Sua constituição e dissolução estão cercadas por normas de ordem pública.

A filiação envolve a condição jurídica da prole, de onde promana conseqüências pessoais e patrimoniais significativas, e que merecem nova conotação pela equiparação entre os filhos, desaparecidas as distinções

que informaram o direito por muito tempo.

No pátrio poder, tutela e curatela encontramos os institutos de proteção ou assistência. Como enfatizamos, os dois últimos não são institutos típicos do Direito de Família, mas são por ele atraídos.

Os alimentos estão presentes entre os cônjuges, entre pais e filhos, entre os parentes, nos limites e graus especificados pela lei.

A ausência apresenta-se como instrumento de tutela dos interesses que envolvem aquele que não está presente, que abandonou o domicílio.

As entidades familiares, admitidas pela Lei Maior, são admitidas para efeito de proteção do Estado. A união estável já conhece disciplina na legislação ordinária.

O Direito de Família sofre sensível influência dos ideais morais e religiosos, que se refletem nas soluções legislativas referentes aos problemas que apresenta, havendo uma necessidade de se guardar correlação com a realidade social, o que implica dizer que a sua regulamentação desemboca em problema de política legislativa.

Por ser a célula básica da sociedade o Direito busca resguardá-la, tutelando sua existência.

Tem merecido regulamentação legal, em que pese as mudanças que possam ocorrer, de forma a mantê-la de acordo com

as transformações operadas na própria vida social. Mas o entendimento conceitual da família continua como elemento básico celular que determina e encaminha o ordenamento jurídico.

28 MARCO AURELIO S. VIANA

& 4 CARACTERÍSTICAS E NATUREZA DOS DIREITOS DE FAMÍLIA Os direitos de família têm como traço característico a prevalência das relações pessoais e não econômicas sobre as patrimoniais e econômicas, subordinando-se o aspecto patrimonial ao pessoal. As relações familiares puras ou organizadoras da família pairam sobre as relações jurídicas reguladoras dos efeitos pecuniários da referida organização. Temos os direitos de família puros, disciplinando as relações entre os cônjuges, entre pais e filhos, entre parentes consangüíneos ou afins, e outros, em que se vislumbra contato com direitos obrigacionais ou reais, mas em que há apenas semelhança. É o que se passa com o usufruto que o pai exerce sobre os bens do filho, ou os alimentos. Os dois institutos guardam

fundamentos e particularidades que os apartam do usufruto disciplinado pelo direito das coisas, ou do crédito decorrente de um contrato ou do ato ilícito.

É sensível a influência das idéias morais e religiosas na disciplina legal; os direitos subjetivos geram deveres correlativos; o tráfico da vontade conhece território mais reduzido de atuação, havendo sensível presença de normas de ordem pública.

A tutela desenvolve-se sem perder de vista que as relações de família são travadas entre particulares. Os direitos e deveres que suscitam expressam interesses que são de ordem individual. A autonomia da vontade é restringida pela importância que a organização da família tem para a comunidade. Mas essa presença do Estado não sacrifica o propósito primeiro da disciplina, que é o de propiciar e fomentar o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. O Direito de Família integra o direito privado, porque seus fins, formas e princípios fundamentais colocam-se no seu âmbito. A denominada publicização do Direito de Família, que pretende retirá-lo do direito privado, fazendo-o parte do direito público, esbarra nas razões apontadas. Além disso, o simples fato de encontrarmos uma incidência mais marcante de normas de ordem pública, não o desqualifica como parte integrante do Direito Civil. Outros institutos conhecem a presença de normas desse jaez, o que, a bem da verdade, é típico dos institutos jurídicos. A sobreposição de normas de ordem pública e normas dispositivas é da essência mesma do instituto jurídico. É dessa forma que se efetiva o cinturão protetor das relações que se pretende CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 29

disciplinar. O Estado não prevalece sobre o indivíduo, mas aquele está presente porque a família é importante como núcleo de desenvolvimento integral do ser humano. Há indiscutível predominância dos interesses do organismo familiar sobre os dos organismos públicos.

A nosso ver, seja incluído em diploma civil, seja em código próprio e específico, o Direito de Família é integrante do Direito Civil.

## & 5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ao inserir, na Constituição Federal de 1988, capítulo voltado para a família, foram provocadas profundas modificações na órbita do Direito de Família.

Como foi enfatizado, foram gerados efeitos devastadores numa

ordem jurídica, do Direito de Família, "que se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência grandiloqüente do direito canônico."

Devemos ressaltar que outros países promoveram reformas em nível constitucional. É o que se deu na Itália e em Portugal, por exemplo.

É possível dividir os princípios constitucionais do Direito de Família em dois grandes grupos: em um temos compreendida a proteção da pessoa humana no sentido tradicional. Assim é porque o simples fato de se encontrar integrado em uma unidade familiar não faz desaparecer a necessidade dessa tutela. Com esses direitos tradicionais garante-se a cada cidadão uma esfera de liberdade, de modo a permitir a existência e o livre desenvolvimento da personalidade do seu titular. Ao lado desse grupo, temos outro, que se cristaliza em um certo número de "direitos de família garantidos pela Constituição. Considera-se que, como membros de um agregado familiar, enquanto tais, têm certos direitos perante o Estado, normalmente de caráter econômico.

Transpondo as noções alinhadas para o âmbito da Constituição Federal de 1988, vislumbramos nos arts. 226 e 227 a presença dos seguintes direitos integrantes do primeiro grupo: direito à celebração do casamento, o direito de constituir família, a natureza civil do casamento, a sua

 dissolução pelo divórcio, a isonomia conjugal, a paridade entre os filhos, ou seja, o fim da discriminação entre os nascidos no casamento e fora dele, a responsabilidade dos pais em relação à prole, que deve assisti-los, criá-los e educá-los, e o dever dos filhos maiores em relação aos pais na velhice, carência ou enfermidade.

No segundo grupo de direitos temos a proteção da família, a proteção da paternidade e da maternidade, a tutela do bem do menor, assegurando-lhes direitos fundamentais.

Efetivamente, o art. 226, § 5º, edita que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Homem e mulher são equiparados, o que desemboca na constação de que a vênia

conjugal é inafastável em todos os negócios, envolvam ou não bem de raiz. Desaparecem as distinções

anteriores, e os direitos e deveres específicos de cada um dos cônjuges, com a revogação dos dispositivos do diploma civil, conseqüentemente. A isonomia conjugal alcança os privilégios da mulher, como os bens reservados, porque,

tendo ela os mesmos direitos, obrigações e deveres, merece o mesmo tratamento legal dispensado ao homem.

Situações de fato são atraídas visando tratamento legal, especialmente sua proteção pelo Estado. É o que se passa com a união estável e a família monoparental, que a Lei Maior contempla como entidade familiar.

Ao lado do fato biológico da reprodução, temos a desbiologização da paternidade, porque os filhos são equiparados, entre eles os adotivos, assegurando-lhes os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Em que pese reconhecer a entidade familiar, a prevalência é da família fundada no casamento, que é matéria de competência da lei civil. É por isso que estatui deva a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. É atribuído ao casamento religioso efeito civil, nos termos da lei.

A dissolução do casamento pelo divórcio, nas modalidades que assegura, é outro aspecto que merece exame.

O planejamento familiar resulta da livre deliberação dos cônjuges, competindo ao Estado atender ao cidadão, caso pretenda exercer esse direito com os subsídios educacionais e científicos.

A assistência à família é função do Estado.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, que o art. 227 enuncia.

Evidenciou-se, outrossim, sem esforço que o casamento está apoiado na diversidade de sexos, assim como a união estável. A Lei Maior diz que reconhece a união estável entre homem a mulher. Isso inibe que se possa

regulamentar de forma ampla, em lei ordinária, as relações entre pessoas do mesmo sexo.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

# 31

& 6 ENTIDADE DE FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988 dá prevalência à família constituída pelo casamento, mas reconhece a existência de entidades familiares, que são realidades sociais. A Lei Maior, apartando-se das anteriores - e mais especificamente as de 1937, 1946, 1967 e 1969, a emenda n.

1/69 -, que tinham o casamento como única forma de se constituir uma família, amplia as formas de constituição da família, incluindo, nesse universo, a união estável e a família monoparental.

A união estável, que será estudada em capítulo à parte, já recebeu tratamento legislativo, embora a merecer críticas. Temos, aqui, aquelas uniões de fato em que há aparência de casamento. Devemos adiantar que não foi intenção da Constituição Federal criar uma alternativa para o casamento, como a legislação ordinária tem visto o tema. Isso fica evidente quando se constata que o § 3o do art. 226 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a lei deva facilitar sua conversão em casamento. A tutela legal visa permitir a criação de mecanismos de proteção por parte do Estado em favor dos seus membros.

Com pertinência à família monoparental, ela está contemplada no § 4º do art. 226, da Lei Maior, nos seguintes

termos: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por Qualquer dos pais e seus descendentes".

O XII Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores e de Família, realizado em 1990, em Turim, na Itália, fez recomendações a esse respeito, entendendo que se deve ter por família monoparental qualquer situação em que um adulto seja responsável por um ou vários menores (pais divorciados, adotivos, solteiros, tutores etc.). Observou, ainda, que é essas famílias podem reclamar ajuda de formas diversas, em razão da situação pessoal e do contexto jurídico social. Chamou a atenção para a situação das mães menores de idade, que deve merecer cuidados, na

medida do possível. Termina enfatizando que o princípio primordial do melhor interesse da criança tem aplicação na família monoparental. Recomenda que o menor seja ouvido em todas as decisões paternas que afetem a sua vida futura.

A Constituição Federal limita-se a dizer que se reconhece como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Não faz qualquer distinção, o que inibe o intérprete. Nesse conceito está inserida qualquer situação em que um adulto seja responsável por um ou vários menores. Isso permite concluir que ela pode ser estabelecida desde sua origem, ou decorre do fim de uma família constituída pelo casamento. Nesse diapasão é possível que ela se estabeleça

32 MARCO AURELIO S. VIANA porque a mãe teve um filho, mas a paternidade não foi apurada, ou porque houve adoção, ou resultar da separação judicial ou do divórcio. Nessa linha temos a família monoparental formada pelo pai e o filho, ou pela mãe e o filho, sendo que nos exemplos há o vínculo biológico, ou decorre de adoção por mulher ou homem solteiro. Nada impede que o vínculo biológico que une os membros dessa família, não decorra de congresso sexual, mas resulte de procriação artificial. A mãe solteira submete-se à inseminação artificial, não sabendo quem seja o doador.

Nessa forma de entidade familiar o menor ocupa posição de relevo, porque o art. 227 da Lei Maior enumera uma gama significativa de direitos fundamentais, sem distinguir. A tutela do bem do menor encontra-se perfeitamente delineada, esteja ele em família constituída pelo casamento, ou viva em família monoparental. E o Estatuto da Criança e do Adolescente desce aos aspectos mais relevantes da espécie, regulamentando os deveres enunciados pela Constituição Federal.

Evidencia-se, pela análise efetuada, ainda que resumida, que a orientação imprimida pela Constituição Federal encontra-se no território das conquistas mais significativas a respeito do tema, em consonância com o pensamento que se estratifica no plano internacional.

## & 7 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS PERTINENTES AO DE DIREITO DE

## FAMÍLIA

A Constituição Federal soube captar as significativas transformações ocorridas na sociedade brasileira. O caudal de novos valores refletiu-se expressivamente no tráfico social. O Direito, plasmado na norma, foi ficando distante da nova realidade social. Situações pré-normativas desafiavam a disciplina legal. Exigiam tegumento jurídico. É o que se dava com a união estável, por exemplo, que reclamou dos tribunais solução que atendesse ao novo quadro, desafogando uma área de turbulência. Doutrina e jurisprudência erigiram suportes conceituais, buscaram na noção de sociedade de fato o alicerce para definir esse tipo de relação, solucionando os reflexos de ordem patrimonial que se estabeleciam com o fim do relacionamento.

Evidenciamos esses pontos anteriormente.

Para dirimirmos as controvérsias que se instalam no território do Direito de Família não podemos perder de vista a nova ordem constitucional, e devemos ter em mente que o Código Civil não é mais a lei básica, pois os princípios constitucionais se refletem de forma contundente na legislação ordinária, impondo interpretações que atendam as novas dimensões que a vida social abriu para o ser humano.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

É sob a égide da Lei Maior, por exemplo, que foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente. No seu art. 27 ele estatui que o direito de ver reconhecido o estado de filiação pode ser exercido sem qualquer restrição. Não se pode mais restringir a investigação da patemidade aos casos previstos no art. 363 do Código Civil. Temos, agora, o princípio da livre investigação da paternidade, o que afasta a necessidade da prova da existência dos pressupostos objetivos ou condições de admissibilidade anteriores, que o diploma civil consagrava. A solução do Código Civil se

estava de acordo com a realidade sociológica que o viu nascer - é um trabalho do século passado -

ficou em descompasso com a nova realidade, porque a ciência e a tecnologia, em especial com o exame de DNA, oferecem um novo campo de investigação. Mas deixamos escrito, desde já, que não admitimos o exame de DNA como única prova. Ela deve ser examinada no contexto das provas oferecidas ao julgador. Não nos esqueçamos que ela oferece confiabilidade, quando o que se quer é certeza.

Os reflexos no campo da negatória de paternidade são significativos, também. O diploma civil pátrio bebeu no Code Civil a presunção pater is est, pois o princípio mais importante era a defesa da instituição matrimonial, o que justificava que o marido gozasse do monopólio para contestar a paternidade, preservando-se, assim, sua autoridade, ao mesmo tempo que cria um elenco limitado e taxativo das hipóteses em que a ação podia ser exercida. Com essa solução era oferecida a tutela ideal para a paz doméstica. O que caracteriza o sistema do diploma civil, nesse campo, é o cunho indiscutivelmente patriarcal, em que o marido tem o poder jurídico sobre todos os filhos nascidos de sua esposa na constância do casamento, gozando do direito exclusivo de contestar a paternidade.

Com a nova ordem constitucional marido e mulher estão em pé de igualdade, acolhido que foi o princípio da isonomia conjugal. Operou-se, ainda, um deslocamento da tutela jurídica no âmbito do Direito de Família. A disciplina

legal da família e da filiação, sem deixar de considerar a família como instituição das mais importantes e expressivas, movimentou-se da máxima proteção da paz doméstica, em que se tem a família como um bem em si mesmo, para a tutela da dignidade da pessoa humana. Além disso os direitos constitucionais garantidos à criança e ao adolescente sinalizam para a tutela mais efetiva ao assegurar o denominado bem do menor. Com apoio no art.

27 do Estatuto da Criança e do Adolescente já se sustenta, com propriedade, que as restrições do Código Civil foram

revogadas, seja no que tange à irrestrita legitimação processual do próprio filho para investigar a paternidade, impugnando, quando for o caso, a atribuição insincera da paternidade, seja no que concerne ao prazo oferecido ao filho para a propositura das respectivas ações. Com a proibição 34 MARCO AURÉLIO S. VIANA

constitucional de discriminação da filiação extramatrimonial e o mandamento do art. 27 do Estatuto, fica aberto ao filho havido na constância do casamento a via para contestar a paternidade, sob pena de se oferecer tratamento desigual. (Cf. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação, p. 272). E o Superior Tribunal de Justiça já firmou seu entendimento no sentido de que a verdade sobre a paternidade é um legítimo interesse da criança, um direito que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustar. Nessa oportunidade ficou certo que não se deve ficar atado a normas ultrapassadas em detrimento da verdade real. (REsp. n. 4.987 - RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª T. do STJ, vencido o Min. Barros Monteiro, DJU de 28/2/91 e RSTJ 26/378).

Cuidou-se, então, de ação negatória de paternidade. O relator, Min. Sálvio de Figueiredo, com muito acerto e acuidade, ponderou que a Constituição Federal, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º) assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 227). E conclui seu pensamento dizendo que saber sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustar. Vislumbra-se, nas palavras do Min. Sálvio de Figueiredo, interpretação expressiva porque caminhamos para a constatação de haver um direito constitucional de ter pai e mãe, um direito assegurado a qualquer pessoa de conhecer a sua paternidade e maternidade biológica. Isso nos leva a ponderar que será sempre aberto aos filhos o direito de usar dos meios

processuais adequados para determinar o seu pai e sua mãe biológicos. Agindo dessa forma teremos a correspondência

entre a paternidade biológica e a jurídica. Por isso o direito de investigar a paternidade é amplo, sem restrições, o que alcança o direito de negar a paternidade. Ao pedir que sua paternidade biológica seja apurada, em se tendo um pai jurídico, determinada aquela, automaticamente fica prejudicado este. A nosso ver acaba o monopólio paterno nesse campo. O filho pode negar a paternidade a qualquer tempo.

Também as hipóteses legais, previstas no art. 340 do Código Civil, ficam prejudicadas. Em outras palavras: se o marido, por exemplo, ajuizar o feito, não fica adstrito aos limites estreitos do diploma civil, que se justificavam à luz do momento em que foi criado e dos valores que se pretendiam tutelar, como vimos, mas que não mais se mostram adequados à nova realidade.

Nesse sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no julgado que examinamos. Na sua esteira se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Ap. cív. n. 47214/2, rel. Des. Bady Curi, julgado em 9/5/96.

No território da isonomia conjugal observamos que o art. 5º, I, da Constituição Federal edita que homens e mulheres são iguais em direitos e



obrigações, nos termos desta Constituição. O mandamento constitucional cria uma reserva constitucional, ou seja, somente a Lei Maior pode desigualar homens e mulheres, sendo absolutamente vedado à legislação ordinária fazê-lo. Isso significa que a igualdade entre marido e mulher é definitiva, não se podendo admitir que lei ordinária vença o território traçado pela Constituição. É sob a inspiração desse princípio que serão solucionados os atritos que se estabeleçam entre marido e mulher.

Poderíamos continuar no exame do tema, vasto por excelência, mas o que nos propusemos foi apenas demonstrar que a interpretação do Direito de Família pátrio reclama novos horizontes. Os valores que o Direito tutelou ao tempo da elaboração do Código Civil foram ultrapassados. A sociedade brasileira transformou-se porque o ser humano evoluiu. A família e seus membros, nas

suas relações com o mundo e entre si, conheceram modificações sensíveis. O Código Civil e a legislação especial acabaram por se fazerem em instrumentos débeis para conter o tráfico social, ordená-lo, preservá-lo e permitir um fluxo adequado à evolução da vida social. É bem verdade que vamos encontrar extremos, excessos, visões deformadas, que descambam para os abusos e valorizam o que é deprimente e vil. Mas o homem do direito, em qualquer área que se posicione, deverá sempre nortear a tutela dos valores sadios, que assegurem a família, a dignidade de seus membros, a higidez das relações, visando sempre o engrandecimento da pessoa humana, jamais a sua degradação. Não há lugar para os princípios rígidos da lógica formal. O raciocínio reclama a presença da sabedoria e do bom senso, para que juntos alcancem o sentido eqüitativo em conformidade com o sentimento geral. Nenhuma interpretação pode levar à injustiça ou à contradição (STJ,1ª T, REsp. 11.064 - 0 - SP, rel. Min. Milton Cruz Pereira, DJU de 9/5/94, p.

10.807). O intérprete e o aplicador da Lei têm que se colocar em conformidade com a realidade, bebendo na fonte da sensibilidade, porque somente assim poderão alcançar o ideal do justo e do razoável. É indispensável que se realize um juízo de valores para se alcançar as aspirações da justiça e do

bem comum, caso contrário estaremos agindo como máquinas. E o que se deve visar é a interpretação que atenda aos fins sociais e ao bem comum, fins estes que não se coadunam com o rigor formal, com a insensibilidade, com o servilismo aos vocábulos em que se manifestam os textos legais, com enquadramento frio dos fatos em conceitos prefixados (REsp. 299, Rel. Min.

Sálvio de Figueiredo, JSTJ 35/87).

No território do Direito de Família mais se reclama do julgador, do advogado, do Ministério Público. Os valores com que se trabalha nesse campo estão intimamente ligados aos sentimentos humanos. Por isso, diante da nova ordem constitucional, jamais se poderá perder de vista a 36 MARCO AURÉLIO S. VIANA

mudança expressiva de rota, os princípios novos que foram introduzidos, que levam a novos rumos. No exame do caso concreto é indispensável que saibamos se a legislação ordinária está em vigor, se foi revogada, se a interpretação que se fez até então ainda é admissível, se foram erigidos novos suportes conceituais,

enfim, saber qual a norma aplicável e compreendê-la, estruturando-a em função do caso concreto, segundo o perfil do instituto que está sendo abordado, sem perder de vista que somos seres imperfeitos julgando outros seres imperfeitos...

& 8 DO CÓDIGO DE FAMÍLIA

Estudar o Direito de Família é debruçar na paisagem social e examinar as transformações operadas no seu seio. O Direito, corporificado na norma, nada mais faz do que dar tegumento jurídico às situações pré-normativas, que pressionam o tráfico social, determinando, por isso mesmo, que adentre a cidadela do Direito.

Como já foi encarecido, o jurÍdico é a forma de normalização impositiva e inexorável que pode adotar os mais diversos conteúdos sociais (Luiz Recasens Siches). E a existência de normas capazes de definir o comportamento do ser humano nas suas relações com os demais é dado inerente à própria vida das sociedades. Tais regras de conduta asseguram a previsibilidade e a seguranÇa (J. Dias Marques), permitindo que se alcancem os fins sociais pretendidos.

Nesse diapasão o Direito de Família capta e traduz em regras as condutas pretendidas em um dado momento, estabelecendo os valores admitidos pela sociedade.

Falamos em um Código Civil que completa 80 anos, obra do Século XIX que, ao entrar em vigor, já era tido como inadequado à realidade social. Em verdade já se desencadeara o movimento de reação ao individualismo jurídico, mas o diploma civil não refletiu as inovações de fundo social que já se estabeleciam. No campo específico da família desconheceu que ela estava em transformação.

O primeiro passo que devemos tomar, nesse território, é refletirmos a respeito da elaboração de um Código de Família. A descodificação do Direito é questão a merecer séria reflexão, quando se pretende aprovar um novo Código Civil. Curiosamente um projeto que data de 1972 [...] A codificação do Direito Civil, em especial as grandes codificações do Século XIX, que tem no código francês e no alemão os pontos de irradiação para o resto do mundo, representou um momento superior do conhecimento jurídico. Mas o mundo mudou, a vida social e econômica sofreu 

transformações profundas, é complexa, o que nos leva a uma especialização cada vez mais significativa. Já se elaborou um Código de Obrigações, inclusive. Parece-nos mais lógico e razoável que tenhamos códigos autônomos e específicos já que a idéia de um código único acaba por não surtir efeitos, arrastando-se por décadas, como se dá com o projeto brasileiro.

Ora, as relações que se travam no universo do Direito de Família justificam uma disciplina à parte pelas particularidades que apresenta, e que o colocam em posição peculiar. São dinâmicas por excelência. Basta notarmos que se discute um projeto de Código Civil desde 1972, o que é incompatível com a flexibilidade que a vida social impõe a tais relações. Ao que tudo indica há um certo pudor em se modificar um código. A legislação que se desenvolveu por todo o período que vai da entrada em vigor do Código Civil até a presente data espelha esse aspecto. Vários textos modificaram o diploma civil, outros vigoram independentes, mas cuidando de matérias que se inserem no âmbito do Direito de Família. Pondere-se, outrossim, que a Constituição Federal de 1988, cria um Direito Constitucional de Família, e passa a ser a lei básica, posição que o Código Civil assumiu por várias décadas. Se tomarmos os conceitos adotados pela Lei Maior e fizermos uma comparação com o pensamento presente no diploma civil será fácil perceber que há um descompasso entre ele e a realidade social. Além disso, no atual estágio de evolução do Direito, não se pode mais estabelecer uma normatização apoiada em regras rígidas e restritas, sendo indispensável que se adote dispositivos legais mais amplos, que permitam ao intérprete e ao aplicador da Lei mantê-la atual, segundo os reclames da vida social. Exemplo disso é a disciplina dada pelo diploma civil à investigação da paternidade. Estabeleceu-se um elenco taxativo, que funcionava como verdadeira condição da ação. Como observou José da Costa Pimenta, estudando o direito português anterior à Reforma de 1977, o interessado deveria ultrapassar os obstáculos prévios semeados no seu caminho, demonstrando a presença de uma das condições que eram enumeradas (Filiação, p. 254). Ora, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 27, enuncia que o reconhecimento do estado de filiação pode ser exercido sem qualquer restrição.

Comparando as duas formas de redigir o texto e o espírito que os alimenta, é fácil concluir que a solução do Estatuto é mais ampla, favorece a atualidade da Lei e enseja melhores condições para que ela seja sempre atual. As normas legais, nos dias atuais, devem ter essa conotação, contribuir para uma melhor

distribuição da Justiça.

A Constituição Federal de 1988 refletiu muito de perto a nova sociedade brasileira, onde não há mais lugar para discriminações contra os filhos, em função da origem do seu nascimento; que não recrimina mais a

38 MARCO AURELIO S. VIANA união do homem e da mulher fora do casamento; que admite a existência de novas formas de se constituir a família. A mulher casada deixa sua posição de colaboradora para se tornar administradora da família junto com o marido. Desaparece o sistema de privilégio, criado em favor da mulher, em decorrência da sua posição desfavorável no Código Civil. Nasce e se desenvolve o Direito do Menor, percebendo a sociedade que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, também. Seus direitos fundamentais, que são os direitos de todo e qualquer ser humano, estão inseridos na Lei Maior.

A dignidade da pessoa humana merece destaque, e a busca de uma visão mais social da vida é marcante. O individualismo perde terreno.

Os valores que informaram a elaboração do Código Civil não são os mesmos do mundo atual.

É bem verdade que devemos fugir dos extremos, onde a turbulência é uma constante. Não basta proclamarmos, por exemplo, que o menor é titular de direitos fundamentais. É indispensável que haja uma política séria nesse setor. Política essa que passa pelo respeito ao menor, em toda sua amplitude, e que alcança, necessariamente, uma vida moral sadia, o que está cada vez mais difícil no mundo moderno...

O imobilismo enfrentado pelo Direito de Família, por várias décadas, que levou a um descompasso entre o direito legislado e as necessidades sociais só agora encontra solução, quando a Lei Maior passa a ser a base do Direito de Família. Por isso mesmo é indispensável que a legislação ordinária venha tomar seu lugar. A necessidade de um Código de Família é premente.

As relações de família são outras, o que reclama do Direito um novo perfil, para atender às exigências que se põem.

Capítulo 2

# DO CASAMENTO

Sumário

1- Considerações preliminares

2- Histórico. Natureza jurídica

3- Caracteres

4- Princípios

5- Fins

6- Esponsais

## & 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O casamento é instituto de maior significado e relevo para o Direito de Família. É o centro de irradiação de relações jurídicas básicas que repercutem em todo o território do Direito de Família.

A presença de valores éticos, religiosos e filosóficos é sensível, mas a abordagem jurídica do casamento deverá prescindir-se de elementos acidentais, fixando-se nas razões determinantes de sua regulamentação. Não devemos perder de vista que o que examinamos é uma relação jurídica sob a inspiração do direito positivo. Assim, por mais significativas que sejam as considerações de ordem espiritual - que não merecem ser desprezadas para melhor compreensão do seu regime legal -, forçoso convir que em uma definição não devemos ter em conta as intenções e as situações particulares.

No direito romano temos a definição de Modestino, segundo a qual as núpcias são a união do homem e da mulher, em um consórcio, por toda a vida, comunicação do direito divino e humano ("nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omrtis vitae, divini et humani iuris comunicatio". - Digesto, Liv. 23, Tít. 2, fr. 1). A ela se seguiu aquela elaborada, possivelmente, por Ulpiano, e presente nas Instituições de Justiniano: núpcias ou matrimônio são a união do homem e da mulher que compreende o comércio indivisível da vida ("viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens" -

Institutas, Liv.1, Tít. 9, §

1º).

A Igreja Católica, na sua interpretação do Cristianismo, coloca o casamento como sacramento.

Sucedem-se as definições, seja na doutrina pátria, seja na alienígena.



Desdobrando os elementos que constituem o casamento, sem outra preocupação senão abordá-lo sob o aspecto de fato, percebemos que ele é, no seu cerne, a união intersexual.

Pessoas de sexos diferentes se unem, passando a ter uma vida em comum. A procriação não lhe é essencial sob o enfoque jurídico. Há interesse social em que essa relação receba tegumento jurídico, porque ela é fundamental para o ser humano e, por via de conseqüência, para o Estado. É

no seio da família que o ser humano nasce e desenvolve seu caráter, para, em idade adulta, integrar-se à sociedade. A ordem natural é transportada para a ordem legal, porque há interesse da sociedade que essa união seja precedida de cautelas, que são expressas em requisitos impostos por lei. Questões de eugenia, de preservação da monogamia, entre outros, ditam a normação jurídica, expressa nos denominados impedimentos. Procede-se à valoração ética, tem-se o

reconhecimento social e a integração no sistema cultural. Estabelece-se o instituto do casamento, pela sobreposição de normas de ordem pública e de cunho dispositivo, que atende ao espírito gregário do ser humano, sem perder de vista suas necessidades básicas como pessoa, mas resguardando, também, o interesse social.

Despido dos elementos acidentais, o casamento apresenta-se como um contrato de perfil próprio e especial. Disciplinando a união entre o homem e a mulher, assegura-se disciplina uniforme à união sexual e se resguarda a prole que poderá vir. Não é conveniente que as uniões tenham colorido próprio, aspectos multiformes, variações segundo os interesses individuais. A uniformidade de procedimento leva a uma regulamentação única que se sobrepõe ao arbítrio

individual. Esse contrato gera relações pessoais e patrimoniais, e a tutela legal assegura esses efeitos.

A nosso ver, sem preocupação de definir, mas apenas realçar o seu aspecto fundamental, o casamento é o contrato celebrado entre homem e mulher visando a uma integração fisiopsíquica.

## & 2 HISTÓRICO. NATUREZA JURÍDICA

As civilizações primitivas consideraram o matrimônio como um ato muito grave, do qual dependia a perpetuidade da família e dos cultos. Por isso tinha um caráter religioso.

Partimos da definição de Caio Mário da Silva Pereira: "O casamento é a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente" (Instituições, cit.. v. 5, p. 32).



O casamento não conheceu disciplina orgânica no direito romano. O primeiro esboço de código matrimonial surge com a Novela XXII, completada, posteriormente, pela LXXIV e CXVII. O

casamento partia da vontade inicial (consensus) dos nubentes, sem qualquer formalidade. Só a partir do direito pós-clássico é que, em algumas hipóteses, era exigida alguma formalidade. O

matrimônio perdurava até que os cônjuges desejassem rompê-lo.

O Cristianismo influencia sensivelmente o matrimônio moderno, contribuindo para sua formação. A Igreja impôs algumas regras aos esposos. O direito canônico é a base da legislação matrimonial civil. Ele entende que casamento é um sacramento. O Estado reage contra a competência exclusiva que a Igreja afirmava ter em matéria de casamento, que se iniciara no século IX e assume feição definitiva no Concílio de Trento (1563). A escola de direito natural (século XVIII) sustenta seu caráter de contrato civil. A Constituição francesa de 1791 sustentava:

"La loi ne considére le rnariage que comme un contrat civil" (Tít. II, art. 7º). Dá-

se a secularização do casamento, que o Código de Napoleão adota. O Estado moderno reconquistou o terreno perdido, promovendo a regulamentação do matrimônio como missão exclusiva da legislação secular. A base para isso foi a doutrina dos reformadores - Lutero dizia que o casamento era questão externa, mundana. A necessidade de elaboração de um direito matrimonial estatal decorre da liberdade de crença e de consciência, assim como de tratamento das diferentes confissões.

É do direito canônico que vem a concepção contratual do casamento. A criação do vínculo é fruto da vontade dos nubentes, sendo o sacerdote uma testemunha autorizada da Igreja. Essa concepção foi acolhida pela escola de direito natural e influencia as legislações a partir do Código de Napoleão.

A concepção contratualista, elaborada no século XIX, na França, mereceu a opinião unânime dos juristas do século passado.

A doutrina institucional, anticontratualista, sustenta que o casamento é uma instituição, porque o estado matrimonial encontra-se definido, preorganizado, a ele aderindo os que se casam. Nada mais se tem do que a adesão a um estatuto.



Há quem defenda uma concepção mista: contrato na formação e instituição no conteúdo (Marty e Reynaud).

Entendemos que o casamento é um contrato de direito de família. É contrato de feição especial, de natureza sui generis. Nasce do livre acordo dos contraentes. Sua formação depende da vontade livre e espontânea. O seu conteúdo está sujeito a normas de ordem pública, que não é permitido alterar. Mas esse fato não tem maior importância, porque, em outros contratos, os direitos e deveres encontram-se, também, rigorosamente previstos em lei, também. O que reclama exame é a sua formação, na qual se manifesta, sem qualquer esforço, o cunho contratual. Sua feição especial afasta a aplicação das normas relativas à capacidade dos contraentes, aos vícios do consentimento, aos efeitos da vontade das partes." Ele ocupa posição especial no direito civil.

& 3 CARACTERES

O casamento apresenta os seguintes caracteres: a) liberdade de escolha dos nubentes. Eles não estão submetidos a interferências da família, sendo livres para estabelecerem a união a partir da escolha do parceiro. A presença da família só se exige naqueles casos em que se exige o consentimento dos pais; b) é ato solene, porque a lei impõe determinadas formalidades, não bastando a vontade dos contraentes. A lei reclama a formalidade como forma de dar-lhe publicidade e garantir a livre manifestação do consentimento dos nubentes. Reclama a presença da autoridade judiciária competente para celebrá-lo; c) diversidade de sexo. É verdadeiro pressuposto fático do casamento. A união envolve pessoas de sexos diferentes.

& 4 PRINCÍPIOS

O direito matrimonial apresenta os seguintes princípios: a) a livre união dos contraentes. A constituição do casamento não conhece condição



ou termo. O vínculo decorre do consentimento livre dos nubentes, que devem ser capazes de expressar sua vontade; b) monogamia. O matrimônio monogâmico é próprio do mundo civilizado. A mútua entrega é incompatível com a poligamia; c) comunidade indivisa. O casamento cria uma comunidade de vida, em que temos a união corporal e a comunidade espiritual;" d) dissolubilidade.

O divórcio é aceito de forma quase uniforme pelo mundo moderno. No Brasil prevalece esse entendimento, presentes os requisitos previstos em lei.

& 5 FINS

Vimos que o casamento é um contrato celebrado entre o homem e a mulher. É a partir dele que se estrutura a família, irradiando-se as normas que informam todo o Direito de Família e se estabelecem as relações patrimoniais e pessoais, seja entre os cônjuges, seja em relação à prole.

A procriação não é imperativo legal, embora seja conforme a natureza. Mas os cônjuges não estão submetidos a nenhum dever nesse sentido. O casamento pode ter duração para o resto das vidas dos contraentes sem que haja filhos.

& 6 ESPONSAIS

Vimos que um dos caracteres do casamento é a liberdade de escolha dos nubentes. A liberdade de eleição do cônjuge é um dos pressupostos do consentimento prestado pelos contraentes no ato da celebração do matrimônio." Há uma fase anterior ao casamento em que o homem e a mulher passam a ter uma convivência mais íntima, que se denomina noivado, esponsais ou promessa de casamento. Não é conhecido no direito pátrio da atualidade, embora tenha merecido disciplina pela Lei de 6/10/1784, que destacava o caráter contratual, reclamava escritura pública e a presença de pelo menos duas testemunhas.



No direito romano originava um vínculo pessoal entre os noivos, que se tornavam afins, resultando impedimento para contrair casamento com pessoa diversa ou para vincular novos esponsais enquanto não se dissolvesse os primeiros. Não obrigavam ao casamento, e não permitiam penas, como forma de evitar constrangimentos, mas era comum dar as arrhae sponsalitiae. No direito imperial cominou-se sua perda, e, no direito justiniano, o pagamento do triplo, quando o rompimentos se desse sem justa causa.

A tendência que se observa é no sentido de ser devida indenização todas as vezes que o casamento não se consuma, sendo a recusa injustificada. A responsabilidade decorre da concorrência dos seguintes requisitos: a) existência de promessa de casamento feita pelos noivos.

A avença não reclama formalidades, nem documento escrito, bastando a declaração de vontade dos noivos no sentido da conclusão futura do casamento. A promessa de casamento resultará da manifestação volitiva dos noivos, e não das famílias. Quem alegar o rompimento deverá provar a existência dos esponsais, podendo lançar mão dos meios de prova existentes, tais como convites, correspondências, testemunhas, confissão, cerimônia com o fim de formalizar o noivado, entrega das alianças, etc. Reclama-se seriedade na promessa, não havendo indenização em hipótese de mera simulação; b) recusa em contrair o matrimônio. É necessário que haja ruptura da promessa, e que o fato tenha chegado ao conhecimento do outro noivo. Ela pode ser expressa ou tácita; c) recusa injustificada. A ruptura deve ter, como causa, motivo justo.

Na apreciação das razões que determinaram a recusa, tem papel importante o

nível social dos envolvidos e as circunstâncias que o caso apresenta. '• Entre as causas que autorizam o rompimento é possível indicar: infidelidade, maus-tratos, injúria a parentes, enfermidade grave, abandono, ruína econômica que possa comprometer o matrimônio, etc.; d) existência de dano. A ruptura da promessa poderá repercutir no ofendido, atingindo-lhe o patrimônio, ferindo-o psicológica ou moralmente. São feitos gastos visando ao casamento futuro, tais como: compra de imóvel para residência, enxoval, viagem, cerimônia,



aparelhos e móveis, etc. Os reflexos no psiquismo deságuam muitas vezes em conseqüências patrimoniais, como se dá quando o noivo é acometido de enfermidade que o impede de trabalhar.

Concorrendo os requisitos assinalados, nasce a obrigação de indenizar, que abrangerá os prejuízos que o prejudicado houver conhecido, e não apenas as despesas realizadas com o noivado. Assim, a indenização compreenderá as conseqüências decorrentes de o noivo deixar o emprego com vistas ao casamento; se é obrigado a renunciar a uma herança ou doação; a ter uma condição de vida que lhe ocasione prejuízo moral, como se dá com a coabitação, na forma do art.1.548, III, do Código Civil. A ofensa moral que repercute patrimonialmente autoriza a indenização. É o que se dá quando o ofendido adoece, ficando impedido de trabalhar, e é obrigado a despesas médico-hospitalares.

Presentes trocados, oferecidos em decorrência do casamento futuro, cartas e retratos devem ser devolvidos. A solução encontra apoio no art. 1.173 do diploma civil. Cessa a instituição de beneficiária de seguro, feito em contemplação de casamento futuro, se ele não se concretiza.

Capítulo 3

DAS FORMALIDADES QUE ANTECEDEM O CASAMENTO

Sumário

1 Colocação do tema

2 Documentos necessários para a habilitação do casamento

# 3 Suprimento judicial do consentimento

4 Processo de habilitação

# 5 Dispensa da proclamas

6 Exame pré-nupcial

& 1 COLOCAÇÃO DO TEMA

Vimos que o casamento está cercado por normas de ordem pública, porque a autonomia da vontade cede passo aos interesses da comunidade. Se tem significado para o particular, propiciando e fomentando o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, interessa de perto ao Estado, que vê na família o núcleo de desenvolvimento do ser humano. Daí a incidência de formalidades de cunho preventivo, que tem por escopo atender e preservar o interesse público, aquele dos contraentes e da prole. A alta importância que o casamento apresenta sob todos os aspectos,

morais, sociais e jurídicos, implica a necessidade de a lei fixar, de modo preciso e rigoroso, os requisitos e condições para se contraí-lo validamente.

O casamento é cercado de um verdadeiro ritual. Encontramos requisitos que se reportam à validade do matrimônio e pressupostos que dizem respeito à sua existência. Assim é que o casamento se realiza perante a autoridade competente, o ato está subordinado às prescrições formais ditadas pela lei e os nubentes devem atender aos requisitos que os tornam aptos para contrair o matrimônio. No campo dos pressupostos temos a diversidade de sexos, a celebração e a competência ratione materiae do celebrante.

No que se refere especificamente aos nubentes, para que ele seja aperfeiçoado, há um processo de habilitação, que se desenvolve perante o oficial do Registro Civil, que tem por fim atestar que as partes não estão impedidas de casar. A apresentação de documentação exigida por lei, a publicidade por intermédio dos editais, ensejam oportunidades para que pessoas que saibam da existência de obstáculo ao matrimônio compareçam e denunciem o impedimento.

Em que pese as críticas que merece a publicidade, ela se justifica porque é a oportunidade de manifestação de pessoas interessadas direta ou indiretamente em evitá-lo, como no caso de bigamia.

O processo de habilitação visa justamente verificar a inexistência de impedimentos, que poderão levar a um casamento eivado de vício. Os nubentes demonstrarão que estão legalmente habilitados para o casamento. Aqui a atitude preventiva à qual nos referimos.

O art. 180 do Código Civil enumera os documentos necessários à instrução do processo de habilitação, que os nubentes apresentarão ao oficial do Registro Civil. O procedimento tem disciplina nos arts. 67 a 69 da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos).

## & 2 DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA A HABILITAÇÃO AO CASAMENTO

As partes apresentarão ao oficial do Registro Civil os seguintes documentos, que ensejam a formação do processo de habilitação: a) prova de sua idade; b) prova do estado, do domicílio e da residência dos contraentes e de seus pais; c) prova da autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem os pretendentes, ou ato judicial que a supra: d) declaração de duas testemunhas que afirmem não haver impedimento ao casamento; e) prova da dissolução do casamento anterior.

Certidão de idade ou prova equivalente. A capacidade nupcial não se bitola pelo mesmo critério da capacidade civil. Aquela vem assentada na presunção da capacidade geradora. Esta resulta da puberdade, quando se dá o desenvolvimento de órgãos e glândulas que capacitem o ser humano para a reprodução. É necessário que os nubentes tenham atingido a maturidade sexual, o que decorre da própria natureza.

No direito romano primitivo cumpria ao pater familias o cuidado de decidir a respeito da puberdade de seus filhos, que os tornava aptos para o matrimônio. Mais tarde fixou-se uma idade uniforme." Essa a orientação do direito pátrio, fixando a idade nupcial da mulher em dezesseis anos e do homem em dezoito anos. Estabelece a lei a presunção de que, com a idade limite, o ser humano já atende às condições pessoais necessárias ao casamento, evitando exames para esse fim, que seriam desconfortáveis sob todos os ângulos. Atingida a idade determinada em texto legal, apto está o

ser humano para contrair o casamento.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

# 53

A prova se faz pela certidão de nascimento. Na sua falta, a capacidade admite prova equivalente. Era a orientação do Decreto n. 181, de 1890, art.1º, que falava em prova que a supra; o Decreto n. 773, de 20 de setembro de 1890, enumerou os documentos ou meios para suprir a falta de certidão. O Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 87, previa a justificação de idade, preceito que foi revogado pelo Decreto n. 7.270, de 29 de maio de 1941. A Lei n. 6.015/73, art. 68, adota o procedimento. O primeiro requisito matrimonial é a idade, que tem conotação própria e não se confunde com a maioridade civil, que se alcança aos vinte e um anos. A lei reduz a aptidão nupcial (dezoito anos para os homens e dezesseis para as mulheres), tendo em vista o desenvolvimento fisiológico, que é mais veloz, e ainda, segundo preceito de boa política legislativa, facilita os casamentos, o que é salutar em país tropical como o nosso.

A prova da idade dos nubentes permite sua identificação (lugar de nascimento, filiação, etc.) afastando a infração dos impedimentos mencionados nos incs. XI e XII do art. 183 do Código Civil: casamento entre pessoas sujeitas ao pátrio poder, tutela ou curatela, enquanto não autorizadas pelo pai, tutor ou curador, e menores de dezesseis anos (se mulher) e dezoito anos (se homem).

Declaração do estado, do domicílio e da residência dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos. O documento é elaborado pelos próprios nubentes, em conjunto ou separadamente, que eles assinam, e que recebe a denominação de Memorial.

Procede-se à identificação do contraente, constando, quanto ao estado, se é maior ou menor, solteiro ou viúvo, se o casamento anterior foi dissolvido. Se for viúvo, indicará a existência ou não de filhos.

Autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra. Se estiver sujeito ao pátrio poder, o nubente depende da autorização dos pais (art. 185), porque, entre os atributos do pátrio poder, está conceder ou negar consentimento para o matrimônio, se separados judicialmente, divorciados ou tiver havido anulação do casamento, a vontade do cônjuge com quem estiver o filho é reclamada (art. 186). Em caso de divergência, entendemos não mais

prevalecer a vontade paterna, porque a isonomia conjugal colocou marido e mulher em pé de igualdade. Nessa hipótese a solução depende de manifestação do juiz competente. O art. 185

perdeu parte de sua eficácia. Quanto aos dizeres do parágrafo único do art. 186, inexistindo distinção entre os filhos, basta o reconhecimento para gerar o direito de autorizar. Se não houver o reconhecimento paterno, o consentimento depende da genitora.



Se os nubentes não atingiram a maioridade, devem trazer para o processo de habilitação a prova da autorização dos pais, ou da emancipação, ou a prova do suprimento judicial do consentimento. O menor sob tutela apresentará a autorização do tutor; o incapaz, do seu representante legal. Assegura-se o suprimento judicial do consentimento se a recusa for injusta (art.188).

Declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou estranhos, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento. A finalidade da lei é completar a identificação dos nubentes e comprovar a inexistência de impedimentos para que o casamento seja efetivado.

Certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior ou do registro de sentença de divórcio. O que se pretende é evitar o casamento de pessoa já casada (art.183, VI). O

viúvo apresentará outra espécie de prova (art. 202, parágrafo único). Se o óbito ocorreu em uma catástrofe (naufrágio, inundação, incêndio, terremoto, etc.), ou houve desaparecimento em campanha, admite-se a justificação (art. 88 da Lei n. 6.015/73).

Se o óbito ocorreu no exterior, deverá ser apresentada a certidão do país em que ele ocorreu.

A prova da anulação do casamento, ou do divórcio, é feita pela certidão que comprove a sentença.

Se algum dos contraentes houver residido a maior parte do último ano em outro Estado, apresentará prova de que o deixou sem impedimento para casar, ou de

que cessou o existente (art.180, parágrafo único). A prova se faz mediante justificação ou por atestado firmado por duas testemunhas.

Os nubentes apresentarão os documentos indicados ao oficial do Registro Civil, requerendo que seja expedida certidão de que se acham habilitados para o casamento. O processo de habilitação é regulado pela Lei n. 6.015/73, arts. 67 a 69.

O requerimento é assinado pelos contraentes, ou por procurador investido de poderes para esse fim. Se forem analfabetos, ou um deles, será assinado a rogo, com duas testemunhas.

& 3 SUPRIMENTO JUDICIAL DO CONSENTIMENTO

Se o pai, tutor ou curador não autorizar o casamento, o interessado dispõe de tutela de seu interesse por meio de suprimento de consentimento (art.188).

Não encontramos em texto legal os casos em que a recusa se afigura injusta, devendo ser examinada para cada caso concreto. A doutrina e a jurisprudência assentaram alguns motivos que são tidos como justos, a saber: a) a existência de impedimento legal; b) costumes desregrados; c) incapacidade para sustentar a família; d) perigo à saúde do menor, e) mau proceder por parte do pretendente; f) rapto e condução da menor, em seguida, para casa de tolerância.

Na inicial o interessado exporá: a) o ato que pretende praticar, no caso, o casamento; b) a impossibilidade de obter o consentimento de parte do pai, tutor ou curador, e a injustiça da denegação; c) a citação do recusante. Adota-se procedimento ordinário. A sentença admite recurso voluntário, já que a hipótese não foi contemplada pelo art. 475 do Código de Processo Civil, entre os casos de apelação necessária. Mas a jurisprudência é vacilante. O recurso prejudica o interessado, porque, até que haja exame pelo Tribunal, é certo que já terá atingido a maioridade.

O foro competente é o domicílio dos pais ou dos representantes dos incapazes.

Suprido o consentimento, o casamento é celebrado no regime de separação de bens (art.

258, parágrafo único).

O art. 888, IV, do Código de Processo Civil, permite ao juiz ordenar ou autorizar o afastamento do menor autorizado a contrair matrimônio, na forma indicada, como medida cautelar.

Admite-se a retratação dos pais, tutores ou curadores, até a celebração do casamento (art.

187)

& 4 PROCESSO DE HABILITAÇÃO

O processo de habilitação para o casamento inicia-se com pedido dirigido, pelos

nubentes, ao oficial do Registro Civil do distrito de residência de um deles, para que se lhes expeça certidão de que se acham habilitados a se casar.

Autuada a petição com os documentos, o oficial mandará afixar proclamas de casamento em lugar ostensivo de seu cartório e fará publicá-las na imprensa local, se houver. Reveste-se o ato da necessária publicidade. Em seguida abrirá vista ao Ministério Público.



Se no prazo de quinze dias, a contar da afixação do edital em cartório, não for oposto impedimento, inclusive pelo oficial, e inexistindo impugnação do Ministério Público, será expedida a certidão comprovando que os pretendentes estão habilitados. O casamento terá lugar nos três meses seguintes, sob pena de decadência. Vencido o trimestre, será necessária nova habilitação.

Se os nubentes residirem em diversas circunscrições do Registro Civil, os editais serão publicados numa e noutra (art. 67, § 4º, da Lei n. 6.015/73).

& 5 DISPENSA DE PROCLAMAS

É possível dispensa de publicação de proclamas (art. I 82, parágrafo único).

Vimos que o oficial, ao receber os documentos, e constatando que estão em ordens, lavrará as proclamas de casamento, mediante edital.

Esse ato pode ser dispensado em havendo motivo de urgência. A lei não define qual seria o motivo de urgência a permitir a dispensa. Como exemplos é possível citar viagem urgente, crime contra a honra da mulher, etc. O magistrado examinará cada caso que lhe for apresentado, segundo as circunstâncias que o cerca, deferindo o pedido se demonstrado motivo imperioso, pela ocorrência de circunstâncias graves."

Os contraentes dirigirão petição ao juiz, deduzindo os motivos de urgência que justificam a pretensão, juntando aos documentos indicados pelo art. 180 do Código Civil, ou certidão do Cartório de que ela foi apresentada, documentação que prove a urgência do casamento, ou indicando as provas que pretendem produzir para comprovar o alegado. Se o pedido for fundado em crime contra os costumes, é mister prévia audiência dos contraentes, separadamente e em

segredo de justiça. O Ministério Público intervirá necessariamente. O juiz decidirá, sem recurso, determinando a

anexação dos autos ao processo de habilitação (art. 69 da Lei n. 6.015/73).

& 6 EXAME PRÉ-NUPCIAL

O exame pré-nupcial só é obrigatório para o casamento de colaterais de terceiro grau, ou seja, tio com sobrinha e tia com sobrinho. A



disciplina legal é feita pelo Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, revogado em parte pela Lei n. 5.891, de 12 de junho de 1973.

Se tais parentes pretendem se casar, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspeição, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer dos dois e da prole, na realização do casamento.

Capítulo 4

DOS IMPEDIMENTOS

Sumário

1 Noções introdutórias

2 Impedimentos dirimentes absolutos ou dirimentes públicos 3 Impedimentos dirimentes relativos ou dirimentes privados 4 Impedimentos impedientes ou proibitivos

5 Oposições dos impedimentos

& 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Os impedimentos têm sua origem no direito canônico. Repousam na idéia de que o matrimônio, pela sua importância e significado, pelas repercussões que enseja,

deve ser submetido a princípios próprios, que o apartam dos atos comuns da vida civil. O vocábulo, no direito canônico, engloba todos os obstáculos à formação do vínculo em razão das condições pessoais dos nubentes, bem como as causas que podem acarretar a nulidade do casamento por defeito de vontade ou de forma.

No impedimento temos uma proibição ou obstáculo legal para alguém contrair o casamento.

Para casar é indispensável que os contraentes preencham certas condições, que fazem com que o casamento seja celebrado sem vícios que possam invalidá-lo, ou sanção para eles.

Não devemos confundir o impedimento com a incapacidade. O impedido para casar não é incapaz de contrair matrimônio. Ele poderá casar com outra pessoa. A restrição é apenas em relação a determinada pessoa. Exemplo: o irmão não pode casar com a irmã. Mas não fica inibido para contrair núpcias com outra pessoa. Entretanto o incapaz conhece um obstáculo intransponível, porque a situação em que se encontra - menor de dez anos, por exemplo - impede o casamento com qualquer pessoa. Daí dizer-se que a incapacidade é geral, enquanto o impedimento é

circunstancial.

O Código Civil, no art. 183, relaciona dezesseis impedimentos matrimoniais, que admitem divisão em três grupos: 1º) impedimentos

62 MARCO AURELIO S. VIANA dirimentes absolutos ou dirimentes públicos (incs. I a VIII), cuja violação implica em nulidade do casamento; 2º) impedimentos dirimentes relativos ou dirimentes privados (incs. IX a XII), levam à anulação do casamento; 3º) impedimentos impedientes ou proibitivos (incs. XIII a XVI), que não invalidam o matrimônio, mas implicam em penalidade para o infrator.

& 2 IMPEDIMENTOS DIRIMENTES ABSOLUTOS OU DIRIMENTES PÚBLICOS

No elenco dos impedimentos dirimentes absolutos ou dirimentes públicos

(impedimenta dirimentia publica) temos: a) o parentesco; b) o casamento anterior; c) o delito.

Eles podem ser acusados por qualquer pessoa ou pelo Ministério Público e levam, como vimos, à nulidade do matrimônio. Repousam em razões de moralidade social, envolvendo causas que condizem com a instituição familiar e a estabilidade social.

Parentesco - O impedimento fundado no parentesco (impedimentum consanguinitatis, affinitatis e cognationis legalis) provém da consagüinidade, da afinidade ou da adoção. Parentesco é a relação que vincula entre si pessoas descendentes do mesmo tronco ancestral, podendo ser criado pela natureza (consangüíneo), pelo casamento (afinidade) ou pela adoção.

É vedado o casamento dos ascendentes com os descendentes, em qualquer grau, estejam ligados pelo sangue (pai e filha, avô e neta, etc.), pela afinidade (sogro e nora, sogra e genro), por vínculo civil (adotante e adotado). Não se distingue entre o parentesco decorrente do casamento, denominado legítimo, ou oriundo do concubinato, conhecido como ilegítimo. Razões de ordem ética, de ser contra a família e mesmo contra a natureza, explicam o impedimento. No caso específico da consangüinidade, a par dos motivos de ordem moral e social, temos a preocupação de cunho biológico, afastando o incesto.

A consangüidade inibe o casamento entre irmãos, advindos ou não de justas núpcias, os germanos (que têm o mesmo pai e a mesma mãe), os consangüíneos (nascidos do mesmo pai e de mães diversas) e os



uterinos (que nasceram da mesma mãe e de pais diversos). A restrição envolve os colaterais até o terceiro grau, legítimos ou ilegítimos. No caso específico de colaterais de terceiro grau (tios e sobrinhas), o casamento é possível se provado que não há inconveniente para os nubentes e para a prole (Cap. III, n. 6).

O parentesco por afinidade é o que resulta do casamento e é estabelecido entre um dos cônjuges e os parentes do outro. A proibição alcança apenas a linha reta: sogro ou sogra e genro ou nora; padrasto ou madrasta e enteado ou enteada.

A afinidade não se extingue com a dissolução do casamento que a originou (art. 355), razão pela qual o impedimento prevalece. A afinidade na linha colateral não constitui restrição ao casamento. Assim o viúvo pode casar-se com a irmã da finada mulher.

Questão de ordem prática prende-se à possibilidade de casamento entre o filho e a mulher que vivera em concubinato com o pai. A discussão prendia-se em saber se a união estabelecia uma espécie de afinidade natural, tipificando impedimento, equiparado à afinidade legal. Não há como se assemelhar, porque se trata de matéria de interpretação restritiva, o que não consiste que o impedimento seja ampliado a situações não contemplados em texto de lei. Pela mesma razão o homem pode desposar a filha de sua amante.

A afinidade resultante de filiação espúria poderá provar-se por confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida, os quais, se o quiserem, terão o direito de fazê-la em segredo de justiça (art. 184). A resultante de filiação natural admite prova por confissão espontânea dos ascendentes, se da filiação não existir prova prescrita no art. 357, parágrafo único.

O parentesco por adoção constitui obstáculo ao casamento. A adoção cria parentesco civil entre o adotante e o adotado (art. 336). Apesar de o parentesco estar limitado entre adotante e adotado, não é possível o casamento entre o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 183, III). Razões de ordem moral justificam a solução. Não é permitido o casamento entre o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 183, V). A moralidade da família, a pureza dos costumes aconselham o impedimento, que é encontrado em várias legislações. Como os preceitos restritivos de direito 64 MARCO AURELIO S. VIANA

devem ser interpretados restritamente, é possível que o filho não superveniente do adotante possa se casar com o adotado. Dissolvido o vínculo da adoção, desaparece o parentesco civil e cessa o impedimento.

Casamento - O impedimento que inibe o casamento entre pessoas casadas, assenta-se no combate à poligamia, porque as bases do casamento, entre nós, estão na monogamia." Só após o divórcio, a morte ou anulação do casamento anterior, desaparece o impedimento. A separação judicial dissolve apenas a sociedade conjugal, não abalando o vínculo, razão pela qu0al o separado

judicialmente não pode contrair novas núpcias. O casamento religioso não constitui impedimento, mas apenas o civil. O cônjuge do ausente está inibido de casar porque a sentença que declara o

ausente não equivale à proclamação da morte.

Delito - as figuras delituosas são: a) o adultério; b) o homicídio ou tentativa de homicídio.

O impedimentum criminis tem raízes no direito canônico, de onde passou para a legislação moderna. O impedimento funciona como verdadeira pena imposta ao cônjuge infiel ou ao seu cúmplice.

O impedimento por adultério reclama a condenação em crime de adultério. Em havendo divórcio, e desde que a causa tenha sido o adultério, o impedimento se põe. Esse obstáculo merece críticas, porque nada impede que os cúmplices vivam em concubinato.

O homicídio contemplado em lei é o doloso, porque no culposo não há o intuito de eliminar um dos cônjuges e desposar o outro. A lei pátria estabelece uma presunção de cumplicidade, quando no direito anterior era necessária a conivência. A presunção é odiosa e não se justifica. No direito CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 65

canônico o impedimento só se colocava se o móvel do delito fosse o casamento com a mulher da vítima. Reclama-se a condenação. A prescrição ou a absolvição afastam o impedimento.

& 3 IMPEDIMENTOS DIRIMENTES RELATIVOS OU DIRIMENTES PRIVADOS

Os impedimentos dirimentes relativos ou dirimentes privados (impedimenta dirimentia privata) compreendem: a) coação ou incapacidade; b) rapto; c) falta de consentimento; d) idade nupcial.

Coação ou incapacidade - O inciso IX do art. 183 contempla as pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento. A manifestação da vontade deve ser livre e espontânea, sendo elemento fundamental do matrimônio a vontade de contraí-lo

(nuptias non concubitus, sed

consensus facit - Digesto L.17,30). O consentimento virá de declaração verbal objetiva, não se deduzindo.

A pessoa coagida tem o consentimento viciado. A declaração que faça não corresponderá à sua vontade, será determinada por uma vis compulsiva, que lhe subtrairá a faculdade de deliberar.

O coato consente sob a ação do medo, da violência. Não há, entre a declaração que faz e as tendências espontâneas do eu, uma concatenação natural e contínua. Devem concorrer, na espécie, os mandamentos contidos nos arts. 98 e 99 do Código Civil, cujo exame se fará de maneira menos rigorosa. Não se deve confundir a coação com o temor reverencial, porque a lei proclama

que não se considera coação o temor reverencial.

Ao se referir aos incapazes, o dispositivo legal indica os loucos de todo o gênero e os surdos-mudos, que não puderem exprimir sua vontade.

Clóvis Beviláqua e Espínola entendem que deveria haver aversão do cônjuge sobrevivente pelo assassino, e, se não há, é porque houve conivência. Isso justificaria a presunção legal (Código Civil, cit., comentários ao art.183, p. 498 e A família, cit., p. 88, nota 83).



Se a interdição foi anteriormente decretada, anula-se o casamento, pela ausência de consentimento; se não houve o decreto de interdição, mister saber se estava apto a manifestar o consentimento. A falta de sentença não autoriza o casamento, mas as condições pessoais do nubente no momento do ato. O lúcido intervalo não é considerado, porque ou o contraente é alienado mental, e não pode casar, ou pode manifestar validamente o seu consentimento.

Rapto - Temos, aqui, um caso especial de coação, que nos vem do direito canônico. O

impedimento vigora enquanto a mulher estiver em poder do raptor. Se em lugar seguro, ele desaparece. A particularização é ociosa porque, se há casamento na

situação apontada, temos coação, causa já estudada; se o rapto se deu com sua conivência, casa-se porque quer, e não há motivo para anulação. Se menor, a incapacidade é que macula o ato, e não o rapto. Mister ponderar, contudo, que há quem entenda que mesmo o denominado rapto consensual, quando a raptada consente, é

obstáculo ao casamento.

Falta de consentimento - Os menores sob pátrio poder, as pessoas sob tutela, os indivíduos sujeitos à curatela não podem casar sem o consentimento dos pais, do tutor, ou do curador, respectivamente. Dependem de autorização da pessoa cuja dependência estejam.

O Código Civil, no art.186, enuncia que havendo divergência entre os pais, prevalece a vontade paterna. A nosso ver, com a isonomia conjugal, introduzida pela Constituição Federal de 1988, fica afastada a prevalência da vontade paterna. Havendo desacordo, mister solução do juiz.

Essa posição do diploma civil teve em vista uma realidade em que a mulher ocupava posição juridicamente inferior. Não se justifica atualmente, mesmo quando desemboca em debate judicial.

Se os pais estão separados judicialmente, ou divorciados, ou o casamento é anulado, prevalece a vontade do cônjuge que tem o filho em sua companhia (art. 50, n. 3, Lei n. 6.515/77). Negado o consentimento, o interessado, com base no art. 188, recorrerá ao juiz pedindo o suprimento de consentimento (Cap. III, n. 3). Importante notar que se do casamento resultou gravidez não será anulado



por defeito de idade (art. 215). Se o filho foi havido fora do matrimônio, o consentimento partirá do genitor que o houver reconhecido; se não for reconhecido, evidenciada a maternidade, a anuência partirá da mãe. Se ambos os pais reconhecem, a solução é a mesma que indicamos para a hipótese de divergência entre pais casados (art.186, parágrafo único). Na adoção, a autorização emana do adotante, que detém o pátrio poder.

O menor sob tutela depende de autorização do tutor, admitido o suprimento do

consentimento.

Para o casamento do interditado, necessário o consentimento do curador, desde que a causa de interdição não constitua obstáculo intransponível ao casamento, como na hipótese de ser o curatelado louco. Os toxicômanos interditados dependem do consentimento do curador, solução que alcança o surdo-mudo de capacidade limitada (art.

451 ). Lembramos que tais incapacidades devem ser graduadas, sendo possível que o interditado não seja impedido a convolar núpcias. No que se refere ao pródigo, se contrai matrimônio sem autorização do curador, não prevalecerá pacto nupcial que tenha celebrado, tendo-se o regime como de comunhão parcial de bens, porque ele é incapaz para reger seus interesses econômicos.

O consentimento será dado por escrito, designando o nome do outro nubente, admitida a revogação até o momento do ato.

Idade nupcial - A idade núbil é de dezesseis anos para as mulheres e dezoito anos para os homens. Assim não podem casar as mulheres menores de dezesseis e os homens menores de dezoito anos.

O casamento envolve graves interesses dos próprios contratantes, que coincidem com os da família e da sociedade, o que leva à exigência de idade mais elevada, quer para a mulher, quer para o homem. É mister conciliar a natureza e os interesses sociais, não sendo bastante a puberdade, porque o casamento não consiste apenas em cópula carnal.

No direito pátrio, quando em vigor o Decreto n.181/90, o limite era de quatorze anos para as mulheres e dezesseis para os homens.



Dá-se a antecipação da idade nupcial se o que se visa é evitar a imposição de pena criminal.

Necessário o suprimento em juízo. O magistrado, conforme o caso, poderá ordenar a separação de corpos entre os nubentes, até que seja atingida a idade legal (art. 214). O regime de bens será obrigatoriamente o da separação (art. 258, parágrafo único, IV).

A gravidez justifica o desaparecimento do impedimento, porque, pelo menos fisicamente, é evidente a maturidade.

& 4 IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES OU PROIBITIVOS

Os impedimentos impedientes ou proibitivos não levam à anulação ou à anulabilidade do casamento, quando violados, mas trazem sanções para o infrator. Vêm delineados no art.183, XIII a XVI, do Código Civil.

Tais impedimentos visam à prole do leito anterior, pretendem evitar a confusio sanguinis, em caso de segundas núpcias; ou o interesse do nubente, presumivelmente influenciado pelo outro cônjuge.

O viúvo ou a viúva que tiver filhos do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens e não der partilha aos herdeiros - No projeto de Coelho Rodrigues o impedimento envolvia o inventário e a partilha. Para aí passou ele do Decreto n. 181 com o acréscimo das palavras: e a partilha. O projeto primitivo, atendendo às dúvidas que haviam sido suscitadas no foro, a respeito da inteligência do art. 7º, § 9º, do Decreto n.181/90, como faz notar João Arruda, e reconhecendo que a garantia dos filhos é maior quando a partilha completa o inventário, adotou a solução do inventário e partilha. A Comissão Revisora do Governo suprimiu intencionalmente a segunda operação. João Arruda

sustentou que a lei reclamava apenas o inventário, porque a partilha, como ato dos herdeiros, poderia condenar o sobrevivente a uma longa viuvez. Prevaleceu o entendimento que manda proceder-se ao inventário e à partilha, como está na letra da lei. Se o casamento se realiza sem essa providência, o infrator perde o direito ao usufruto dos bens dos respectivos filhos (art. 225) e o regime será o da separação de bens (art. 258, parágrafo único). Evita-se, assim, a confusão de patrimônios. Uma coisa é o patrimônio do novo casal e outra a dos filhos do primeiro casamento.



Confusão de sangue - A mulher fica impedida para casar antes de decorridos dez meses da dissolução do casamento, pela anulação ou pela morte do marido. O que se persegue é evitar a turbatio sanguinis que ocorreria porque se presumiria

do falecido o filho que nascesse até trezentos dias da data do óbito ou da sentença anulatória, enquanto que igual presunção atribuiria a paternidade ao segundo marido quanto ao filho que nascesse até cento e oitenta dias da mesma data, e até antes. Com essa providência legal garante-se o direito hereditário e a paternidade do filho que venha a nascer justamente depois desse fato, evitando a confusão de paternidade, a turbatio sanguinis, a generatonis incertitudo, que gera dúvida e incerteza. Mas se a mulher der à luz um filho antes dos trezentos dias, ou houver aborto, é possível o casamento, porque evidente que haja gravidez decorrente do primeiro casamento. Exceção encontramos, ainda, na hipótese de o casamento anterior ter sido anulado por impotência coeundi, desde que absoluta e anterior ao casamento ou quando resulta evidente das circunstâncias a impossibilidade física de coabitação entre os

cônjuges.

A sanção para o matrimônio que contrarie esse impedimento é a sua sujeição ao regime de separação de bens.

Contas da tutela ou curatela - O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. O motivo do impedimento é evitar que o tutor ou curador fuja da prestação de contas, ocultando a dilapidação do patrimônio do tutelado ou curatelado, e a coação moral que ele possa exercer sobre a pessoa do outro nubente. Evita-se a pirataria em torno dos herdeiros. Não vale a quitação dada pelo próprio interessado. A permissão paterna ou materna, manifestada em escrito autêntico ou testamento, levanta o impedimento.

Autoridades - Veda-se o casamento do juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou



viúva, da circunscrição territorial onde um outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

A solução legal merece crítica de alguns, que entendem ser ela injustificável nos dias que correm. Outros sustentam que seria admissível se alcançasse apenas o

juiz de órfãos e seus mais próximos parentes com órgão sob sua jurisdição. Sob o enfoque prático não tem maior alcance, pois é possível licença especial e desaparece com a remoção ou promoção para outra Comarca.

& 5 OPOSIÇÃO DOS IMPEDIMENTOS

A oposição é o ato de se levar ao conhecimento do oficial perante quem se desenvolve o processo de habilitação ou ao juiz que celebra o matrimônio da existência de um dos impedimentos.

Em se tratando de impedimentos dirimentes, a oposição se faz pelo oficial do Registro Civil, por quem presidir a celebração do casamento, ou por qualquer pessoa maior que, sob sua assinatura, apresente declaração escrita, instruída com as provas do fato que alegar. Temos aqui as hipóteses previstas no art.183, I a XII. Podem ser apresentados até o instante da celebração do casamento (art.189).

Se se trata de impedimentos proibitivos, sua oposição fica limitada aos parentes, em linha reta, de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins, pelos colaterais, em segundo grau, sejam consangüíneos ou afins (art. 190). Contempla-se, aqui, os impedimentos previstos no art. 183, XIII a XVI. Como eles interessam apenas e precipuamente à família, a lei restringe a legitimação para a oposição, o que afasta até o Ministério Público. O prazo para a oposição é de quinze dias dos proclamas (art.181, § 1º).

A oposição se faz em documento escrito, devidamente fundamentado, deduzindo-se a prova do fato alegado, ou, em não lhe sendo possível, indicando-se o local onde se encontre, ou, pelo menos, duas testemunhas residentes no município, que o atestem. Se se tratar de impedimento impediente ou proibitivo, provará sua qualidade de parente.



O oficial dará nota aos nubentes, ou seus representantes, indicando os fundamentos, as provas e, se o impedimento não se opôs ex officio, o nome do opoente (art.191).

Os nubentes podem fazer prova em contrário ao impedimento e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé (art.191, parágrafo único).

Apresentado o impedimento, o casamento é adiado, até sua decisão. Se improcedente, o matrimônio se realiza; se procedente, mantém-se o obstáculo.

O oficial dará ciência da oposição de impedimento aos nubentes, para que indiquem, em três dias, prova que pretendam produzir, e remeterá os autos a juízo; produzidas as provas pelo oponente e pelos nubentes, no prazo de dez dias, com ciência do Ministério Público, e ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público em cinco dias, decidirá o juiz em igual prazo (art. 67, §

5º, da Lei n. 6.015/73).

A decisão proferida admite apelação, no prazo de quinze dias, a contar da intimação, correndo o prazo nas férias.

Capítulo 5

DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

Sumário

1 Forma da celebração

2 Suspensão da cerimônia

3 Casamento por procuração

4 Casamento em caso de moléstia grave

5 Casamento nuncupativo

# 6 Casamento religioso com efeitos civis

& 1 FORMA DE CELEBRAÇÃO

Ato consensual por séculos, a partir do Concílio de Trento, o casamento integra o rol dos atos formais e solenes, caráter que conserva nas legislações civis modernas. Ele é cercado de um verdadeiro ritual, sendo este indispensável à sua existência. Há uma incidência significativa de normas de ordem pública, em que se faz sentir presente o Poder Público atuando na qualidade de representante da sociedade. Vencidas as formalidades preliminares a que nos reportamos anteriormente, evidenciada a inexistência de impedimento legal, os nubentes qualificam-se para o enlace. A preocupação legal reflete a relevância do casamento para os contraentes e para a sociedade, funcionando as precauções como elemento preventivo, porque a nulidade ou anulação posterior poderá ter conseqüências extremamente desastrosas. A solenidade está presente, ainda, na conclusão do ato, pela presença da autoridade pública, das testemunhas e pelo acesso do público.

Munidos da certidão de habilitação passada pelo oficial (Cap. III, n. 4), os nubentes requererão que seja designado dia, hora e lugar para que o ato seja realizado. Em que pese os dizeres do art. 192, na prática o juiz simplesmente indica a data escolhida pelos contraentes.

A celebração se fará na casa das audiências, mas nada impede que se faça em outro lugar. O

juiz, a pedido dos interessados, poderá se deslocar para outro local. Normalmente o enlace se realiza na casa de um dos nubentes.

Realizado na casa das audiências ou na residência particular, as portas se manterão abertas e o ato se realizará perante duas testemunhas, pelo menos, que podem ser parentes dos noivos ou não. Se algum dos contraentes não souber escrever e o ato se der em casa particular, o número de testemunhas é elevado para quatro.

A hora para a celebração se dá, geralmente, entre o nascer e o pôr-do-sol, sendo possível, em havendo urgência, que se dê à noite. A cerimônia terá lugar em qualquer dia da semana, inclusive aos domingos.

A presença dos nubentes deve ser simultânea, não se admitindo o comparecimento sucessivo, em momentos diversos. A presença é inafastável. Admite-se, outrossim, que sejam representados por procurador, com poderes especiais, designando a procuração o nome inteiro do outro nubente.

Não se limita a procuração apenas aos casos de urgência e de força maior, como ocorria no artigo direito (art. 44 do Decreto n. 181, de 24/1/1890).

Servirão de testemunhas parentes ou estranhos, fugindo-se da regra da generalidade dos negócios jurídicos (art. 42 da Lei n. 6.015/73).

Para que a celebração se realize, é indispensável a presença dos nubentes, pessoalmente ou por procurador, das testemunhas, do oficial do registro e do presidente do ato. Os contraentes são ouvidos a respeito do propósito de se casarem, devendo haver manifestação livre e espontânea a esse respeito. O consentimento não se deduz, mas há de vir de forma clara e objetiva, dado em pessoa e verbalmente. Diz-se que o consentimento é pessoal no sentido de que outra pessoa não poderá exprimi-lo, a menos que o nubente tenha procurador para esse fim. A manifestação verbal é

inafastável, não se permitindo que o presidente do ato aceite o mero silêncio como assentimento.

Não há lugar, outrossim, para condição ou termo. Os contraentes são interrogados pelo juiz, em presença das testemunhas, se é de

livre vontade que um recebe o outro. Essa vontade manifesta-se sem forma sacramental e só produz efeitos se expressa em presença do celebrante. Exceção se dá em havendo casamento nuncupativo. Não é admissível que o consentimento do contraente venha por carta, petição, ou declaração escrita. É possível a manifestação volitiva por escrito ou sinais, na impossibilidade de se efetivar oralmente, desde que os nubentes estejam presentes. É o caso da inclinação da cabeça.

Se os nubentes manifestam o consentimento de forma regular, o casamento será realizado, devendo o presidente do ato declarar o seguinte: "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.194). Em seguida, lavra-se o assento no Livro de Registro, observadas as exigências do art. 70 da Lei n.

6.015/73.

Questão a merecer nossa atenção diz respeito ao valor da declaração do juiz. O casamento tem-se por realizado no momento em que os contraentes respondem ao juiz, ou por ocasião em que este pronuncia sua declaração? O significado prático é manifesto, quando consideramos que após o duplo consentimento um dos nubentes pode vir a falecer, antes que o juiz faça seu pronunciamento. É possível que o próprio juiz morra. Se entendermos ser a função do oficial meramente recognitiva, o casamento é válido mesmo sem o seu pronunciamento; caso contrário, sendo ela

constitutiva do vínculo, sem ela não se tem o ato. Inclinando-nos pela primeira hipótese, porque desde suas fontes o casamento sempre repousou no consenso. A presença do juiz é fundamental, mas não sua declaração. Se o direito positivo pátrio admite que o casamento religioso tenha efeitos civis, caminharíamos para a existência de duas formas de regulamentação do casamento no território brasileiro, o que não é admissível. Sabemos que no direito canônico o sacerdote é uma testemunha qualificada. Além disso temos o casamento nuncupativo, em que a manifestação volitiva se faz perante testemunhas. A presença do juiz visa dar o cunho de seriedade e solenidade que o ato reclama, como forma de assegurar a publicidade e a liberdade de manifestação volitiva dos contraentes, mas seu pronunciamento não tem o condão de inquinar o ato, se não se consuma. O elemento determinante é o consenso dos nubentes. Reformulamos pensamento que anteriormente defendemos.

Em caso de impedimento da autoridade competente para presidir o casamento, ou na sua falta, o ato será presidido por qualquer dos seus substitutos legais, e a ausência do oficial do Registro Civil, por outro ad hoc, nomeado pelo presidente

do ato (art.198, § 1º).

& 2 SUSPENSÃO DA CERIMÔNIA

O art.197 do Código Civil enumera, como causas para a suspensão da celebração do casamento, o seguinte: a) recusar a solene afirmação da



sua vontade; b) declarar que esta não é livre e espontânea; c) manifestar-se arrependido. A esse elenco devemos acrescer, ainda: 1º) a oposição de impedimentos dirimentes, que se faz viável até o instante da celebração do

casamento (art. 189 - v. Cap. IV, n. 5); 2º) revogação da anuência dos pais, tutor ou curador (art.187).

A vontade dos contraentes é substancial para o ato. Nenhum ato jurídico depende mais da vontade dos agentes do que o matrimônio. Se a vontade é recusada, se ela não é livre e espontânea, se o nubente manifesta seu arrependimento, não há consentimento livre e espontâneo. Suspende-se a celebração do casamento, porque não há casamento sem consentimento. E a lei veda a retratação, por parte do nubente que deu causa à suspensão, no mesmo dia. Só a partir do dia seguinte será admitida a retratação. Com isso resguarda-se a vontade do nubente contra qualquer interferência.'

A oposição de impedimento, na forma já estudada, implica em suspensão, também. No entanto, só se justifica se o oponente oferece prova idônea e robusta. A seriedade da oposição deverá ser considerada pelo juiz antes de se pronunciar pela suspensão.

A revogação da anuência pelos pais, tutores ou curadores implica na suspensão do ato. Resta ao nubente pedir o suprimento de consentimento (Cap. III, n. 3).

& 3 CASAMENTO POR PROCURAÇÃO

Vimos que, no direito anterior (Dec. n. 181/90), só se permitia o casamento por procuração na ocorrência de força maior. O diploma civil admite a celebração mediante procuração (art. 201), em qualquer situação, sem a restrição que informava a legislação anterior.

A procuração deverá conter poderes especiais ao mandatário para receber, em nome do mandante, o outro contraente, qualificando-o. Conveniente a adoção do instrumento público, por se tratar de ato solene." A menção ao regime de bens é facultativa, prevalecendo, no silêncio, o regime legal, salvo a hipótese de ser obrigatório outro, em decorrência das circunstâncias.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 79

Mister ponderar que a utilização da procuração só se justifica em condições excepcionais, como se dá quando um dos nubentes reside em localidade diversa do outro e não pode deslocar-se, ou quando um deles está no estrangeiro e não lhe é possível comparecer pessoalmente. A presença pessoal dos contraentes é a regra geral, admitindo-se a procuração em casos especiais, em que essa presença se impossibilita. Se o nubente reside ou está na localidade, se brasileiros pretendem se casar no estrangeiro, se inexistem razões para que a presença seja substituída pelo procurador, a solução não merece acolhida. Ponderemos, ainda, que não é possível que ambos se façam representar por procuradores, ou que seja constituído um mesmo procurador para ambos os nubentes. A legislação vigente admite a procuração para que um dos contraentes, por intermédio de procurador, receba o outro.

Pode ser procurador tanto o homem como a mulher.

Em se tratando de morte, quer de revogação do mandato, em qualquer hipótese o casamento não se tem por realizado validamente, porque a lei exige a manifestação do consentimento no próprio ato da celebração, e o consentimento requerido é o do mandante, e não do mandatário.

Assim, a declaração feita pelo mandatário, após a morte do representante ou da revogação do mandato, não correspondeu à vontade atual do mandante.

Por derradeiro, não se admite casamento por procuração se o nubente é estrangeiro e a sua lei nacional não o permite.

& 4 CASAMENTO EM CASO DE MOLÉSTIA GRAVE

O art. 198 admite uma forma excepcional de casamento, quando dispõe a respeito do casamento em caso de moléstia grave. Nessa hipótese é mister que já

estejam satisfeitas as formalidades preliminares do casamento, realizada a habilitação legal e passada a certidão do art.

181, § 1º.

É necessário, ainda, que haja prova da gravidade da moléstia a impossibilitar a presença do nubente na casa das audiências. Isso se faz



mediante exibição de atestado médico. É de se admitir prova mediante declaração de duas pessoas idôneas, naquelas localidades em que não há médico." Não nos esqueçamos que a realidade brasileira indica que, em numerosas cidades, não encontramos profissionais da medicina.

Vimos que qualquer casamento pode ser realizado fora da casa das audiências, mas compete ao juiz decidir nesse sentido. No caso de doença grave ele está obrigado a comparecer. Se o casamento se realiza durante o dia, bastam duas testemunhas, exigindo-se quatro testemunhas apenas quando o ato se perfaz à noite. A redação do dispositivo não é muito clara, mas evidencia que é o fato de se celebrar à noite que determina maior número de testemunhas.'" Era a orientação do direito anterior.

O dispositivo distingue, ainda, entre a moléstia grave e o motivo urgente. A circunstância de se tratar de moléstia grave não implica em dizer que o ato seja urgente. Só em havendo urgência é que o casamento terá lugar à noite.

A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento é suprida por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro ad hoc, nomeado pelo presidente do ato. O termo avulso que o oficial ad hoc lavrar, será levado ao registro no mais breve prazo possível.

Outra hipótese contemplada pelo art. 198 é o motivo urgente, que autoriza a dispensa de proclamas (art. 199), e permite o ato à noite, inclusive, com a presença de quatro testemunhas (Cap. III, n. 5).

## & 5 CASAMENTO NUNCUPATIVO

Se um dos nubentes encontra-se em iminente risco de vida é possível o

casamento com a dispensa de todas as formalidades previstas em lei. É o casamento nuncupativo, in extremis ou in articulo mortis. É possível a dispensa do processo de habilitação e a expedição de proclamas (art.

199). E se a presença da autoridade a quem incumbe celebrar o casamento não for obtida, ou de seu substituto, o matrimônio terá lugar em presença de seis testemunhas (art. 199, parágrafo único). As testemunhas não poderão ser parentes em linha reta, ou na colateral em segundo grau.



A orientação é diversa daquela que orienta o casamento quando celebrado na forma ordinária, quando se permite que as testemunhas sejam parentes. Os nubentes declararão perante as seis testemunhas que querem casar.

As testemunhas comparecerão, em cinco dias, perante a autoridade judiciária mais próxima, a fim de que sejam reduzidas a termo suas declarações, a saber: a) que foram convocados por parte do enfermo; b) que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo perfeito; c) que em sua presença declararam os contraentes e espontaneamente receber-se por marido e mulher (art. 200

do Código Civil e art. 76 da Lei n. 6.015/73). Se as testemunhas não comparecem espontaneamente, serão intimadas por qualquer interessado (art. 76, § 1º, da Lei n. 6.015/73).

Interessado pode ser o nubente, ou ambos, ou parentes deles.

Autuadas as declarações e encaminhadas à autoridade judiciária competente, se outra for a que as tornou por termo, será ouvido o órgão do Ministério Público e serão realizadas as diligências necessárias para verificar a inexistência de impedimento para casamento. Ouvidos dentro de cinco dias os interessados que o requerem e o órgão do Ministério Público, o juiz decidirá em igual prazo. Da decisão caberá apelação com ambos os efeitos. Transitada em julgado a sentença, o juiz mandará registrá-la no Livro de Casamento (art. 76, §§ 2º a 5º, da Lei n.

6.015/73 e art. 200 do CC). O assento lavrado na forma indicada retroagirá os efeitos do casamento, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração (art.

200, § 4º).

Se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento, em presença da autoridade competente e do oficial do registro, serão dispensadas as formalidades indicadas. Isso não significa exigência de novo casamento, mas apenas a declaração confirmatória da vontade nupcial.

Não devemos confundir repetição do casamento com as solenidades legais com a confirmação da vontade de casar perante a autoridade competente.

Se o enfermo só vem a se recuperar após o processamento das formalidades legais e a transcrição da sentença no Registro Civil, não é necessário ratificar o casamento, que continua eficaz.

& 6 CASAMENTO RELIGIOSO COM EFEITOS CIVIS

O casamento civil foi criado pelo Decreto n. 181/90, negando efeitos civis ao casamento religioso. A Constituição de 24 de fevereiro de



1891, em seu art. 72, § 4º, só reconhecia o casamento civil. Houve uma mudança significativa, porque antes o casamento só se celebrava de acordo com o ritual religioso. No plano prático a mudança havida gerou dificuldades para aquela faixa da população constituída de católicos que se viam obrigados a duas cerimônias - a civil e a religiosa - porque o momento religioso gerava um simples concubinato.

A Constituição de l934, art.146, deu eficácia ao casamento religioso, observadas as disposições da lei comum. Esta era a Lei n. 379/37, modificada, mais tarde, pelo Decreto-Lei n.

3.200/41. Com a Carta de 1946 permitia-se que o casamento religioso, celebrado sem as formalidades requeridas para o civil, pudesse gerar os mesmos efeitos destes, se posteriormente fosse inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante autoridade competente. Veio a lume, dentro dessa orientação, a Lei n. 1.l10/50. Atualmente a matéria é disciplinada pela Lei n. 6.015/73, arts. 71 a 75.

Há duas modalidades de casamento religioso com efeitos civis: 1º) casamento religioso precedido de habilitação civil; 2º) casamento religioso não precedido de habilitação civil. No primeiro caso, processa-se a habilitação, na forma do diploma civil, e, obtido o certificado de habilitação, ele é apresentado ao ministro religioso, que arquiva a certidão. Celebrado o casamento, a autoridade eclesiástica ou qualquer interessado, no prazo de trinta dias, promoverá a inscrição no Registro Civil. No segundo caso, celebrado o casamento religioso, os nubentes requererão o registro, acompanhado da prova do ato religioso, e os documentos exigidos pelo Código Civil. Processa-se a habilitação com a publicação de editais e, certificada a inexistência de impedimento, o oficial fará o registro do casamento religioso, de acordo com a prova do ato e os dados constantes do processo, lavrando o assento na forma do art. 70 da Lei n. 6.015 (art. 74).

O falecimento de um dos nubentes antes da inscrição do casamento no Registro Civil, por ele requerida, não inibe a concessão.

Capítulo 6

DAS PROVAS DO CASAMENTO

Sumário

1 Certidão do registro. Prova supletória

2 Posse do estado de casado

3 Regra in dubio promatrimonio

# 4 Prova em processo

& 1 CERTIDÃO DO REGISTRO - PROVA SUPLETÓRIA O art. 202 estatui que a celebração do casamento prova-se pela certidão do registro. O

legislador adotou o sistema de prova pré-constituída.

Em verdade a prova do casamento tem indiscutível interesse prático para os cônjuges, a prole, e mesmo para outras pessoas, como no caso de sucessão, para demonstrar o vínculo de parentes como o de cujus. E a prova regular e normal desse ato jurídico é a certidão do registro, feita ao tempo de sua celebração (art. 202). Já assinalamos que, logo depois de celebrado o casamento é lavrado o assento, com o atendimento dos requisitos do art. 70 da Lei n. 6.015/73, com a alteração introduzida pelo art. 50 da Lei n. 6.015/73.

É possível que venha a faltar esse meio probatório, quando se dá a perda ou falta do registro.

A certidão tornou-se impossível por fato estranho à vontade dos cônjuges. É o que se passa quando os livros desaparecem em decorrência de um incêndio, de uma inundação, ou são criminosamente destruídos; ou falta o registro por fraude, desleixo, culpa ou má-fé do oficial e do presidente do ato, como se passa na omissão de formalidades ou menções exigidas por lei. É por isso que a lei permite seja feita outra espécie de prova, a denominada prova supletória (testemunhas do ato, notícias em jornais, documentos etc. - art. 202, parágrafo único).

É necessário que o interessado, antes de litigar pela prova do matrimônio, deduza preliminarmente a prova do fato que originou a perda ou



a falta do registro. Exemplo: se o Cartório foi destruído por um incêndio, é imperativo que reste provado o evento, para depois passar-se para aquela que envolve o casamento.

O casamento celebrado fora do Brasil prova-se de acordo com a lei do país onde

se celebrou (art. 204). Temos a aplicação do princípio locus regit actum. O documento estrangeiro virá autenticado para produzir efeitos no Brasil, segundo as leis consulares. Se, porém, se contraiu perante agente consular, a prova é feita por certidão do assento no registro do Consulado (parágrafo único do art. 204). Reclama-se o registro nos cartórios do 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, para produzir efeitos no Brasil (art. 32, § 1º, da Lei n. 6.015/73).

& 2 POSSE DO ESTADO DE CASADO

A posse do estado de casado é prova admitida em caráter excepcional, seja em benefício da prole comum, seja naquelas hipóteses em que o matrimônio é impugnado. Não funciona como meio de prova do casamento, admitido pela lei. Sendo a posse do estado de casado a situação de duas pessoas, que passam aos olhos de todos como marido e mulher, sendo como tais considerados na sociedade, admitir-se que esse fato fosse bastante para provar a existência do matrimônio, seria abria as portas para que os concubinos usurpassem uma qualidade que não têm." Daí permitir-se que ele seja admitido com restrições.

O art. 203 admite seja invocada a posse do estado de casado pelos filhos, se mortos ambos os cônjuges. A presunção só prevalecerá com a concorrência dos seguintes requisitos: a) que ambos os pais tenham falecido; b) que tenham vivido na posse do estado de casados; c) que se não apresente certidão do Registro Civil provando o casamento de um deles, contrariando a alegada posse de estado. Se um dos pais está vivo, os filhos dispõem de condições para saber onde se deu o casamento e, assim, obterem a certidão. Mas se vivos e resta provado que os pais não têm CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 87

como fornecer a informação, porque acometidos de demência, declarados ausentes por sentença, é de se admitir a prova, por interpretação extensiva, porque a teleologia legal firma-se no sentido de admitir a invocação do estado naquelas situações em que se impossibilita conhecer o lugar da celebração. Os requisitos que tipificam a posse do estado são: a) nomen, a mulher usava o nome do marido; b) tractatus, eles se tratavam ostensivamente como marido e mulher; c) fama, gozavam, no seio social, do conceito de pessoas casadas. Por derradeiro, é necessário que não seja apresentada certidão do Registro Civil, que prove que um dos genitores era casado, embora aparentasse a posse de estado. Concorrendo os três requisitos, tipifica-se a presunção em favor da prole

comum.

& 3 REGRA IN DUBIO PRO MATRIMONIO

A posse do estado de casados é elemento significativo naquelas hipóteses de impugnação do matrimônio. Se são feitas provas pró e contra o casamento, e se os cônjuges viveram ou vivem na posse do estado de casados, o juiz julga pelo casamento. Aplica-se a regra: in dubio pro matrimonio (art. 206).

Em que pese respeitáveis opiniões em contrário, a regra não se aplica à controvérsia em torno da

"invalidade do matrimônio, mas apenas a respeito daquela que envolva incerteza no ato de sua celebração." A matéria vem disciplinada em capítulo dedicado à prova da celebração do casamento.

É necessário reste provado a posse do estado de casados para que, em havendo dúvida, aplique-se a regra indicada. Se a posse de estado não fica evidenciada, a regra não tem aplicação.

& 4 PROVA EM PROCESSO JUDICIAL

O art. 205 manda seja inscrita toda sentença que desate controvérsia judicial considerando provado o casamento. Os seus efeitos probatórios



retroagem à data do casamento, no que se refere aos cônjuges como aos filhos. A prova de celebração poderá resultar de processo civil ou criminal, sendo certo que a fonte do dispositivo é o art. 198 do Código Napoleão, que se refere à sentença resultante de processo criminal. Admitir que, no direito pátrio, a sentença tenha origem em processo criminal ou civil decorre da expressão

"processojudicial".

Capítulo 7

DA INVALIDADE DO CASAMENTO

Sumário

1 Noções introdutórias

2 Casamento inexistente

# 3 Casamento nulo

4 Casamento anulável

5 Casamento putativo

# 6 Casamento irregular

& 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Já estudamos as noções a respeito de ato nulo, ato anulável e ato inexistente, quando abordamos a ineficácia do negócio jurídico. Agora, penetramos no território da invalidade do matrimônio, em que aqueles princípios recebem todo um conjunto de complementos e limitações, sendo certo que existe uma teoria especial de nulidades no âmbito do casamento. Trata-se de sanção repressiva de natureza civil. O casamento é ato jurídico que conhece regras e princípios próprios em matéria de invalidade, que refogem da teoria das nulidades dos atos jurídicos, e assim o é porque há o interesse social em mantê-lo.

O casamento reclama a observância de determinados requisitos. Violados podem gerar a anulação, tomada aqui em acepção genérica. Os elementos essenciais estão presentes, mas foi desobedecido um preceito legal obrigatório; ou, então, há imperfeição da vontade, pela presença de vício, ou por emanar de incapaz. Nesses exemplos estão presentes os pressupostos materiais, os elementos fáticos essenciais ao casamento: diversidade de sexo, celebração e consentimento.

Mas se um deles falta, penetramos no território do casamento inexistente.

A nulidade revela-se naquelas hipóteses em que há infração de impedimento imposto, tendo em vista a ordem pública. Os valores tutelados justificam a reação mais grave; na anulação, temos a infração, mas não se caracteriza uma afronta à ordem pública, mas ao interesse das pessoas, que merece, igualmente, proteção; no casamento inexistente falta um dos pressupostos materiais de matrimônio.



& 2 CASAMENTO INEXISTENTE

O casamento reclama a concorrência de pressupostos materiais, que se erigem em condições de existência do matrimônio e que, ausentes, levam à inexistência do matrimônio. Temos o casamento inexistente em havendo: a) identidade de sexo; b) ausência total de consentimento; c) falta de celebração.

A teoria do casamento inexistente foi elaborada por Zachariae, no século XIX. Seu objetivo foi contornar o aforismo: "en matiére de miariage, pas de nullité sans texte" (não há nulidade sem texto legal). O escritor tedesco desenvolveu seu raciocínio a partir do art.146 do Código de Napoleão, que estatui: "il n 'y a pas de mariage lorsqu 'il n'y a point de consentiment" (não há casamento quando não há consentimento). Ele entendeu que a falta do consentimento impedia a formação do casamento, e este seria inexistente e não nulo.

Essa teoria encontrou seguidores e opositores, entendendo estes que ela não se distingue da nulidade absoluta. As críticas improcedem porque no ato nulo e no anulável concorrem os pressupostos fáticos, mas não conhecem efeitos porque não foram observados os requisitos legais. No ato inexiste o casamento, nunca existiu, porque ausente um dos pressupostos materiais ou fáticos. Ele é um nada no mundo jurídico. Na nulidade falta pressuposto de direito; na inexistência, pressuposto de fato. No casamento inexistente há mera aparência, que é vazia de efeitos.

A inexistência não reclama ação própria, admitindo-se seu pronunciamento a qualquer tempo.

Permite-se mesmo que terceiro desconheça o vínculo de fato e de direito. Não se sujeita a prescrição ou decadência.

Identidade de sexo - Poucas legislações consagram normativamente a existência de diversidade de sexos dos contraentes. O Código Boliviano de Família reputa nulo o matrimônio em não havendo diversidade de sexo (art. 84, § 2º). O Código Civil português de 1966 tem por CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 93

inexistente o casamento celebrado entre duas pessoas do mesmo sexo (art. 1.628, e). No direito iugoslavo é tido por inexistente o casamento quando as condições essenciais não são preenchidas, estatuindo o art. 15 da Lei Fundamental sobre Casamento que, para a conclusão do casamento, é mister a diversidade de sexo. No direito pátrio esse pressuposto está implícito em vários dispositivos e emana do sistema como um todo. Repousa na própria natureza, não devemos nos esquecer. É condição essencial para a existência do casamento. Mas é importante poder reconhecer a diversidade dos sexos, o que implica em dizer que conformação viciosa ou mutilação dos órgãos sexuais não torna impossível a

existência do casamento, se é possível o reconhecimento do sexo e sua diferença daquele do outro cônjuge.

Falta de celebração - Não devemos confundir o casamento não celebrado com aquele em que houve celebração por pessoa não qualificada. Nesta última hipótese a questão se agita no âmbito do art. 208 do Código Civil. Se falece competência para celebrar o matrimônio, a questão é de nulidade por incompetência, porque a lei não distingue entre incompetência ratione materiae da incompetência ratione loci. Mas se quem celebra é um particular, o casamento é inexistente. É o que se dá, também, com o casamento que teve o assento lavrado sob coação por má-fé. É possível que tenha havido uma farsa, em que participou um falso oficial do Registro Civil, numa falsa repartição pública.

Ausência de consentimento - Mister distinguir entre a ausência de consentimento do consentimento viciado, porque neste caso houve consentimento, mas maculado, enquanto naquela ele simplesmente não se concretizou. Na ausência absoluta de consentimento, este não existe. É o que se dá, por exemplo, com o procurador investido de poderes gerais, mas sem os especiais para receber o outro em matrimônio (Espínola). Na mesma linha de raciocínio é o que se passa com a hipótese de um dos contraentes ser substituído por outra pessoa, ou se o nubente declara no ato que não quer

casar, mas mesmo assim é lavrado o assento, ultimado o casamento, assinado o termo a rogo do contraente que recusou sua afirmação.

MARCO AURELIO S. VIANA

& 3 CASAMENTO NULO

Já estudamos os impedimentos matrimoniais, entre os quais estão alinhados aqueles denominados dirimentes absolutos ou dirimentes públicos (Cap. IV, n. 2). Abordaremos, agora, o casamento com infração de um deles, que leva à nulidade do matrimônio (art. 207). As hipóteses estão previstas no art. 183, I a VIII, e art. 208, ambos do Código Civil.

Contraído o matrimônio com afronta a um daqueles impedimentos vem a sanção civil,'3

determinando que ele é nulo. Prevalece, aqui, o interesse público, que se sobrepõe ao particular. A determinação dos casos é questão de política legislativa.

A nulidade em matéria de casamento apresenta as seguintes particularidades: a) é de ordem pública e decretada no interesse geral; b) não admite ratificação. A única exceção é o casamento contraído perante autoridade incompetente (art. 208); c) não conhece prescrição. Somente em havendo casamento contraído perante autoridade incompetente é que temos prescrição decorridos dois anos da celebração; d) a nulidade é pronunciada a pedido de qualquer interessado ou do Ministério Público; e) existe uma teoria própria de nulidade no direito matrimonial, que se diversifica da teoria geral que informa os negócios jurídicos. Anular um contrato é simplesmente apagar as conseqüências de ordem patrimonial, nascidas de um acordo de vontades; anular um casamento é destruir um lar; f) o matrimônio tem a nulidade decretada em ação ordinária, com nomeação de curador que o defenda (art. 222), ao contrário dos negócios jurídicos nulos, em que a nulidade pode ser pronunciada de ofício, a requerimento dos interessados ou do Ministério Público, quando o juiz conhecer do ato ou de seus efeitos; g) o ato nulo não produz efeitos, mas o casamento nulo permite-os em relação à prole e os próprios cônjuges, devendo ser entendido, em termos, o enunciado do art. 207.

Vimos que a legitimatio ad causam é de qualquer interessado (art. 208, I). Determinar o real alcance da expressão interessado é importante, porque a lei não quer dizer qualquer um do povo, mas se refere a quem tenha interesse econômico ou moral. Nessa linha o ajuizamento do feito pertence aos próprios cônjuges, seus ascendentes, irmãos ou cunhados, os parentes colaterais sucessíveis, o primeiro cônjuge do bígamo, os filhos do primeiro leito, como ainda a do descendente quando a subsistência do



casamento atente contra a moral social. O Ministério Público é qualificado pela interpretação que se tem dado ao art. 208, o que se justifica, porque o que temos, na espécie, é a tutela do interesse geral.

Os impedimentos dirimentes absolutos ou públicos, como enfatizado, juntamente com a hipótese do art. 208, implicam em nulidade do matrimônio, podendo ser

enumerados os seguintes casos: a) incesto; b) bigamia; c) adultério; d) homicídio; e) casamento contraído perante autoridade incompetente.

Incesto - Fulmina-se de nulidade o casamento de parente em linha reta, em qualquer grau, seja o parentesco consangüíneo, afim ou civil. Na linha colateral é vedado o casamento entre irmãos e entre tios e sobrinhos,

ressalvada autorização judicial (Decreto-Lei n. 3.200/41). Na hipótese de adoção, não podem casar o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante, nem o adotado com o filho superveniente ao pai e à mãe adotiva. A adoção, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, embora rompa os vínculos do adotado com pais

e parentes, mantém os impedimentos matrimoniais (art. 41).

Bigamia - É uma conseqüência da base monogâmica do matrimônio, que inibe a coexistência de dois casamentos. Mas se o casamento anterior é anulado, deve prevalecer o outro; se o casamento anterior é dissolvido por sentença de divórcio, a solução é a mesma.

Adultério - A lei inibe o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado (Cap. IV, n. 2).

Homicídio - O impedimento alcança o homicídio doloso e a tentativa (Cap. IV, n. 2).

Casamento perante autoridade incompetente - É mister esclarecer que a lei cogita da celebração por autoridade incompetente ratione persotiae ou racione loci, já que a lei não distingue. Mas a incompetência ratiotie materie pode levar à inexistência, se a falta de competência equivale à ausência de celebração, como se daria com a cerimônia presidida por um particular (n. 2, retro).

No que diz respeito aos efeitos, em que pese a norma do art. 207 do Código Civil, eles são gerados. Em princípio a nulidade produz efeitos ex



tunc, alcançando a sentença a data da celebração, o casamento não produzirá efeitos. Não se cumpre o pacto antenupcial ou se revertem os bens ao doador se

já efetivada. Os bens que se haviam comunicado pelo casamento retornam ao antigo proprietário. Mas o casamento aproveita aos filhos e lhe são aplicados os princípios relativos aos separados judicialmente (art. 14 da Lei n.

6.515/77). A paternidade é certa. Reconhecida que seja a boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, o casamento produz efeitos de válido (art. 221), operando a nulidade para o futuro. O casamento erige-se em impedimento matrimonial para a mulher, até dez meses após a sentença, a menos que nasça algum filho.

& 4 CASAMENTO ANULÁVEL

O casamento é anulável quando contraído com infração dos impedimentos dirimentes relativos ou privados, enumerados pelo art. 183, IX a XII, do Código Civil (art. 209). Em todos os casos temos uma manifestação volitiva imperfeita ou viciada por interferência estranha. As causas determinantes desses impedimentos reduzem-se a duas: a) a falta de plena capacidade para manifestar um consentimento consciente e ponderado; b) o vício do consentimento consistente na coação exercida sobre um dos contraentes. Além disso, a anulação decorre de erro essencial quanto à

pessoa do outro cônjuge (art. 218).

A anulabilidade apresenta as seguintes características: a) ela é decretada no interesse privado.

É uma nulidade de proteção, porque o que está em jogo é o interesse particular. Existe um vício, mas não tão grave que comprometa a ordem pública; b) a anulabilidade é sanável pela ratificação ou confirmação; c) é prescritível; d) a legitimidade ativa é reservada apenas às partes diretamente interessadas no ato.

O casamento anulável é virtualmente válido, tem validade pendente, sendo ato subordinado à condição resolutiva de um pronunciamento contrário." Se decorre o prazo prescricional sem que haja ação visando à anulação, ele se torna definitiva e automaticamente válido. Até que se escoe o prazo para prescrição, ele vive na faixa da invalidação potencial .



O casamento é anulável por vício do consentimento, excluído o dolo, que não é

contemplado no interesse da segurança das famílias. A coação e o rapto foram objeto de estudo anterior (Cap. IV, n. 3).

O incapaz contemplado pela lei é o louco não interditado, o surdo-mudo sem a devida educação, ou momentaneamente alienado por uma causa mecânica, química ou psíquica.

Como enfatizado, a legitimidade ativa para a ação anulatória é deferida às partes diretamente interessadas. Se há coação ou incapacidade de consentir, a ação será intentada pelo próprio coacto, pelo incapaz (não se trata de incapacidade por defeito de idade), ou seus representantes (art. 210). Se o matrimônio reclamava prévia autorização, a anulação poderá ser demandada pelas pessoas que tinham o direito de consentir, ou seja, pai, tutor, curador. A legitimidade é afastada se aquele que podia consentir assistiu ao ato sem se opor (art. 212). Em havendo defeito de idade, vale dizer, o casamento da menor de dezesseis anos e do menor de dezoito anos, a ação fica assegurada: a) ao próprio cônjuge menor, que litigará sem assistência ou representação;" b) pelos seus representantes legais; c) pelos

parentes em linha reta, consangüíneos ou afins, irmãos e cunhados (art. 213).

O art. 215 do Código Civil estatui que não se anulará casamento por defeito de idade, se sobrevier gravidez. A lei não distinguiu entre o defeito da mulher ou do marido, havendo preocupação apenas com a maternidade. Assim, se a esposa for maior de dezesseis e o marido menor de dezoito, mesmo assim não se anulará o casamento.

Permite-se o casamento para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal, podendo o juiz, em tal caso, ordenar a separação de corpos até que os cônjuges alcancem a idade legal (art.

214, parágrafo único).

Se a anulação for requerida por terceiros (representantes legais, parentes em linha reta, consangüíneos ou afins, irmãos e cunhados - art. 213, II e III), os cônjuges, em perfazendo a idade fxada no art. 183, XII, poderão ratificá-lo ante o oficial do Registro Civil. A ratificação terá efeito retroativo, subsistindo o regime da separação de bens (art. 216).

Nessa hipótese os nubentes ficam dispensados do consentimento de seus representantes.

O que contraiu casamento, enquanto incapaz, pode ratificá-lo, quando adquirir a necessária capacidade, e esta ratificação retrotrairá os seus efeitos à data da celebração (art. 211). Cogita-se de ratificação expressa, que se dará antes da sentença proferida na ação de anulação do casamento.24 Se foi exarada sentença, a união, só por outro casamento. O dispositivo só beneficia aquele incapaz que contraiu matrimônio, afastado o coacto.

Erro essencial. A anulação do casamento pode vir apoiada em erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge.

Ao estudarmos o erro, vimos que nele há um dissídio entre o declarado e o querido, por força de uma noção errada das circunstâncias, do falso conhecimento dos fatos, o que leva o agente a agir de um modo que não seria sua vontade, se conhecesse a situação verdadeira. Há uma discordância entre o querer manifestado e o que seria o querer efetivo por um falso conhecimento das circunstâncias, ou seu desconhecimento.

O erro de que se cogita no direito matrimonial refoge da teoria das nulidades dos atos jurídicos, e se apóia naquele sobre a pessoa, o que é uma decorrência do caráter especialíssimo do casamento. É o error in persona, que o legislador preferiu declarar de maneira expressa no art.

219. Erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge é o que: a) diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse tal, que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum para o cônjuge enganado; b) ignorância de crime inafiançável anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória; c) ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do

outro cônjuge, ou de sua descendência; d) o defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

a) erro sobre a identidade do outro cônjuge - O direito canônico, na sua primeira fase, contemplava apenas o erro sobre a idade física do outro cônjuge. Por inspiração de São Tomás de Aquino, os canonistas



passaram a considerar a possibilidade de haver erro sobre as condições jurídicas ou sociais, e acrescentaram ao error personae o error conditionis ou status.

Hodiernamente distingue-se entre a identidade física e a identidade civil. Como exemplo da primeira hipótese é possível citar: Mário casaria com Maria, mas esta é substituída, sem que Mário percebesse, por Mariana, que toma o lugar daquela no ato da celebração. Esse tipo de engano é de difícil ocorrência, embora autores sustentem seja possível em enredo de opereta e em casamento por procuração. Pothier entende que somente o erro sobre a identidade física admite a anulação, ao que se deduz. Mas a jurisprudência francesa, mais liberal na interpretação do art. 180

do Código Civil, acolhe a anulação por erro sobre as qualidades essenciais do outro cônjuge, vale dizer, sobre a identidade civil ou social.

O erro pode recair sobre a identidade civil ou social do outro cônjuge. O matrimônio é contraído com a pessoa fisicamente pretendida: queria casar com Maria e casou com a própria Maria. Mas há engano quanto à pessoa, quando considerada civil e socialmente. Os autores não conseguem resumir em uma fórmula os limites da identidade civil, descendo ao casuísmo. Para uns envolveria o engano quanto ao nome, à família e ao estado social. Assim, acreditava que Pedro fosse Pedro, quando era Paulo, tinha outro nome; supunha que pertencia a uma família conceituada, como afirmava, quando, na verdade, não passava de um aventureiro, sem profissão.

Há quem sustente que a lei cogita do estado de família e do estado religioso. Há doutrinador que sustenta que a nacionalidade não é elemento essencial para firmar a identidade civil de uma pessoa, mas, se por exemplo, uma brasileira casasse com um muçulmano, pensando que ele era grego, o erro autorizaria a anulação do matrimônio, porquanto um cônjuge, cuja lei permite a poligamia, "não seria para a mulher a mesma pessoa que o que somente a ela poderia ter por esposa legítima". Mas o casamento com uma viúva, pensando ser 100 MARCO

solteira, não é causa de anulação, embora tipifique-se a hipótese legal se o cônjuge teve o casamento anterior anulado em condições escandalosas." Há erro se uma moça de profunda formação religiosa vem a saber que o marido é sacerdote; no casamento em que o indivíduo apresenta-se como escritor ou jornalista, usando um nome notável, ou criando uma identidade com personalidade ímpar, desde que o matrimônio tenha sido contraído tendo em vista essa personalidade; o casamento de um homem que se anuncia filho de família notável, quando é filho de camponês, sem nenhum renome social.

Em verdade, o que a lei pretende, permitindo a anulação do casamento, em havendo erro sobre a identidade civil ou social é assegurar o outro cônjuge contra uma situação de constrangimento e sofrimento moral profundo. É por isso que somente diante do caso concreto será possível aferir a presença da hipótese em estudo. O intérprete e o aplicador da lei não podem se esquecer de que prepondera a sensibilidade moral do cônjuge e enganado (Sá Pereira). Ele deve tornar a vida em comum insuportável ao cônjuge enganado.

b) erro sobre a honra e boa fama - Cogita-se, na espécie, das qualidades morais do indivíduo.

Trata-se da identidade moral. Honra é a dignidade da pessoa, que vive honestamente, pautando seu proceder pelos ditames da moral. Boa fama é a estima social de que a pessoa goza, por se conduzir segundo os bons costumes. É compreensível que uma pessoa virtuosa, pertencente a família honrada, de tradições, tenha dificuldades em viver com um perverso, um depravado de costumes, proxeneta ignóbil, que pretendesse arrastar a esposa iludida à miséria de seus vícios.45

A responsabilidade do magistrado é acentuada, atuando com arbítrio que conhece território amplo. O limite está na parte final do dispositivo que estatui que o conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum, e no conceito que se tenha de honra e boa fama. Os princípios correntes serão buscados pelo magistrado, no meio social, no estudo das pessoas em causa, sua cultura, a sua educação, mesmo a sua fortuna e seus meios de vida. Em uma palavra: atentar para a sensibilidade moral do cônjuge.

Como exemplos é possível indicar: l. o homem ilaqueado em sua boa-fé desposa uma prostituta; 2. mulher descobre que o marido se entrega a práticas homossexuais; 3. o indivíduo é dado à prática de crimes contra a propriedade, sem dignidade pessoal, destituído de honra e que jamais desfrutou da estima e do respeito de seus concidadãos.

O conhecimento deve ser ulterior e tornar a vida insuportável.

c) ignorância de crime inafiançável - A verificação do erro demanda a concorrência das seguintes condições: 1. que o crime praticado pelo cônjuge seja inafiançável; 2. que tenha ocorrido antes do casamento; 3. que tenha sido definitivamente julgado por sentença condenatória; 4. que o outro cônjuge, ao casar, ignore a existência do crime.

O crime deverá ter ocorrido antes do casamento, apreciando-se se ele é inafiançável no momento da celebração do matrimônio. A sentença condenatória terá lugar antes ou depois do casamento.

d) defeito físico irremediável - A lei contempla o defeito físico que impeça os fins do casamento.

No seu elenco estão incluídos o sexo dúbio, o pseudo-hermafroditismo, certas deformações dos órgãos genitais, o infantilismo ou vaginismo, a impotência, entre outras. Quanto à impotência, a que se considera como defeito físico para anular o casamento é a coendi, ou seja, a inaptidão para o coito (impotência instrumental). A impotência gerandi (incapacidade para a fecundação) e a concipiendi (para a concepção) não são causas para a anulação.

O defeito contemplado é aquele ignorado e anterior ao casamento.

e) moléstia grave e transmissível - Tipifica-se a hipótese legal pela concorrência dos seguintes requisitos:1º) a moléstia deverá ser grave e transmissível, por contágio ou herança; 2º) ignorada pelo outro cônjuge; 3º) anterior ao casamento; 4º) capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. A finalidade do preceito é defender a saúde do outro cônjuge, ou da sua descendência, e evitar que o mal se propague.

Moléstia grave é aquela que evolui de maneira a pôr em perigo a vida daquele que é afetado.

Elas são geralmente crônicas. Não se cogita da incurabilidade da moléstia, como se continha no Decreto n. 181, de



1890. Justifica-se a solução vigente porque a cura ou não de uma moléstia está ligada à evolução da medicina e dos recursos. Se persistisse a exigência da incurabilidade, uma doença que se tornasse curável deixaria de ser motivo para a anulação, embora no curso do tratamento mais ou menos longo, produzisse seus efeitos nefastos.

defloramento da mulher - Contempla-se o error virginitatis, ou seja, o defloramento ignorado pelo marido.

Argumenta-se que a hipótese poderia ser incluída no art. 219, I, do Código Civil, porque uma mulher em tais circunstâncias ou condições é, no conceito comum, sem honra (Espínola). Não se coloca em discussão a honra ou a boa fama. A qualidade moral fica afastada.

Pensamos, no entanto, que a razão ontológica desse erro é a pressuposição de mau comportamento. Se a ruptura se deu por acidente, por violência, não tipifica-se a causa. A mesma solução prevalece se o marido não ignorava o desvirginamento, ou não se importava fosse a noiva donzela ou pudica.

Nos casos indicados, a legitimidade para a ação é do cônjuge enganado, sendo o prazo de decadência, em havendo defloramento, que escoa em dez dias, e dois anos nos demais casos.

Maneja-se ação ordinária e o casamento é anulado para o futuro (ex nunc).

## & 5 CASAMENTO PUTATIVO

A teoria do casamento putativo é construção do direito canônico, tendo sido desenvolvida pelo direito francês.55 Não chegou a assumir, no direito romano, o caráter de instituto, tendo se manifestado por intermédio de aplicações isoladas. Um rescrito de Marco Aurélio e Lúcio Vero, num caso de casamento nulo por

vínculo de parentesco (tio e sobrinha), estabeleceu que deviam ser considerados legítimos os filhos havidos dessa união. Uma Constituição dos imperadores Valentiniano, Teodósio e Arcádio excluiu a pena de confisco as doações matrimoniais nos casamentos contraídos com violação das normas legais quando os nubentes tenham CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

incorrido em "erro inevitável e não afetado ou simulado, nem por vil causa sendo enganados, ou que por fragilidade da sua idade foram defraudados" (Cód. 5, 5, 4: " .. Aut error e acrissimo, non affectato, insimulatove, neque ex vili causa decepti sunt, aut aetatis lubrico lapsi"). No Digesto (Liv.

24, Tít. 3, frag. 22, § 13) e numa Constituição de Antonino (Cód. 5, 18, 3) encontra-se a atribuição de certos efeitos ao casamento contraído pela mulher com ignorância do estado servil do marido: o primeiro concede à mulher um quase-privilégio dotal sobre os bens do marido; o segundo considera ingênuos os filhos espúrios.

A Igreja do Ocidente, até a segunda metade do século XII, respeitou o princípio da ineficácia total do casamento nulo. As nulidades do casamento resultam, em regra, da ignorância dos cônjuges sobre pontos de direito e de fato. Essa ignorância tornou-se facílima a partir do momento em que o direito canônico multiplicou os impedimentos dirimentes e os impedimentos, que autorizavam a anulabilidade, muitos deles apoiados em sutileza dos teólogos e canonistas. A partir de então esboçou-se a teoria do casamento putativo, desenvolvida por Hugucio de Pisa, na Summa ad decretum. Ela visa favorecer a prole a proteger os cônjuges.

A idéia geral que alimenta o instituto é favorecer os esposos, que contraíram o casamento de boa-fé, e a prole. O matrimônio, embora nulo ou anulável, produzirá seus efeitos civis em relação aos cônjuges e aos filhos. A boa-fé poderá ser de ambos os cônjuges ou de um deles. A boa-fé deve ser entendida como a ignorância da causa da nulidade ou anulação no momento da celebração. Vem apoiada em erro de fato ou de direito. A má-fé, se alegada, deve ser provada.

O que a lei exige é que a boa-fé esteja presente no momento da celebração, não sendo necessário que ela subsista até a data da anulação. Ponderamos que na hipótese de erro essencial, em que o requisito "vida insuportável" para o cônjuge inocente é reclamado, a coabitação, após a ciência do erro, torna a boa-fé inoperante, porque elimina a insuportabilidade da vida em comum.

Entendemos que o juiz não pode conhecer de ofício da putatividade, sendo permitido ao cônjuge inocente recusar o favor ou benefício que a lei lhe assegura, preferindo a nulidade com todas as suas conseqüências. Isso só não é possível em havendo prole, porque os cônjuges não podem renunciar aos benefícios que ela traz para os filhos. Assim pensamos, em que pese importantes opiniões em contrário. É por isso que a putatividade pode ser perseguida mesmo após a declaração de nulidade do matrimônio.

Efeitos - O casamento putativo produz todos os efeitos do casamento válido, até a data da sentença que lhe ponha termo.

Em relação aos filhos, mister atentar para a norma do art. 14, parágrafo único, da Lei n.

6.515/77: ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o matrimônio, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns. Entendemos que com a Constituição de 1988, que equiparou todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, perde sentido falarmos em legitimação e filho legítimo. Estão proibidas as designações discriminatórias, também (art. 227,

§ 6º, Constituição Federal). Os filhos, tenham nascido na constância do casamento ou não, têm os mesmos direitos e qualificações. A legitimação da prole, incluída entre os efeitos do casamento (art. 229), perde sentido. Milita em favor da prole, em havendo casamento putativo, a presunção pater is quem iustae nuptiae demonstrant.

Em relação aos cônjuges, os efeitos civis aproveitam apenas aquele que estava de boa-fé. É

possível que ambos estejam de boa-fé. Se ambos os cônjuges estavam de boa-fé: a) os pactos antenupciais prevalecem em toda sua extensão; b) como não se tem direito adquirido, mas simples expectativa, a morte de um dos cônjuges depois da anulação afasta o direito à sucessão do outro.

Mas se a dissolução é decretada depois da morte de um dos cônjuges, o outro

herda, se não houver descendentes ou ascendentes; c) a doação propter nuptiae subsiste; d) faz-se a partilha dos

bens; e) têm direito aos alimentos. Se apenas um dos cônjuges estava de boa-fé, o de má-fé não alcança nenhum benefício, mas, ao contrário, incorrerá: a) na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente; b) na obrigação de cumprir todas as promessas feitas no contrato antenupcial; c) em prestar alimentos à família e ao outro; d) na perda do que lhe houver sido doado por terceiros propter nuptias; e) na perda do



pátrio poder sobre os filhos; f) não sucede ao filho, mas este será seu herdeiro. Desaparece a reciprocidade.

A emancipação prevalece.

Em relação a terceiros, o casamento produz efeitos, estando em condições de exercer direitos adquiridos quando suponham ser ele válido.

& 6 CASAMENTO IRREGULAR

O casamento contraído com infração dos impedimentos impedientes ou proibitivos (art.183, XIII a XVI) não invalida o matrimônio, mas impõe sanções ao infrator.

O art. 225 estatui que o viúvo, ou a viúva, com filhos do cônjuge falecido, que se casar antes de fazer inventário do casal e dar partilha aos herdeiros, perderá o direito ao usufruto dos bens dos mesmos filhos. Isto implica perda da respectiva administração. Além disso o viúvo, ou a viúva, que infringir o preceito passará as segundas núpcias pelo regime da separação de bens. A separação é total, abrangendo os aqiiestos. O que se pretende é evitar a confusão de patrimônio. Veda-se, igualmente, as doações de um cônjuge ao outro, com a mesma finalidade (art. 226).

Persegue-se, também, inibir a confusão de sangue. A mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, não pode casar. Se vem a casar, o regime obrigatório é o da separação de bens. O matrimônio só é possível se ela

der à luz um filho, ou houver sentença proferida, passados mais de dez meses de separação de corpos, determinada judicialmente como medida preparatória da ação.

A sanção é a mesma para os tutores e curadores, seus ascendentes, descendentes, irmãos e cunhados, que contraem matrimônio com o pupilo ou curatelado, sem que antes tenha suas contas julgadas em juízo, salvo autorização especial dos pais.

O oficial do Registro incorre em multa, sem prejuízo da responsabilidade penal aplicável ao caso, nos seguintes casos: a) publicar o edital do art. 181, não sendo solicitado por ambos os contraentes; b) que der a certidão do art.181, § 1º, antes de apresentados os documentos do art.

180,



ou pendente a oposição de algum impedimento; c) que não declarar os impedimentos, cuja oposição se lhes fizer, ou cuja existência, sendo aplicáveis de ofício, lhe constar com certeza (art.

227).

O juiz de casamento incorre nas mesmas penas quando: a) celebrar o casamento antes de levantados os impedimentos opostos contra algum dos contraentes; b) deixar de recebê-los, quando oportunamente opostos,

nos termos dos arts. 189 e 191; c) se abster de opô-los, quando lhes constarem e forem dos que se opõem de ofício (art.189, II); d) se recusar a presidir ao casamento, sem justa causa (art. 228).

Cabe aos interessados promover a aplicação das penas cominadas nos arts. 225 e 226. A aplicação das penas destes e do art. 227 será promovida pelo Ministério Público, e poderá sê-lo pelos interessados (art. 228, parágrafo único).

## Capítulo 8

## DOS EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO

Sumário

1 Noções introdutórias

# 2 Regime de bens

3 Deveres recíprocos

4 Sanções

5 Direitos e deveres do marido. Direito revogado

6 Direitos e deveres da mulher. Direito revogado

7 Igualdade jurídica dos cônjuges

8 Legislação revogada

9 Direito de usufrutos e direito de habilitação

& 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A família é um fato natural, uma realidade pré-normativa. Ela existe fora do casamento. Este transpõe a ordem natural para a ordem legal, dando àquela o tegumento jurídico adequado e necessário, estabelecendo o complexo de direitos e obrigações, adotando um modelo: a família constituída pelo casamento. Nesse espaço de realização da afetividade humana forma-se o caráter e garante-se a plena maturidade pessoal íntima da pessoa humana. Daí a normatização, no direito codificado, apenas da família formada por meio do casamento, entendido como instituto integrador do casal às responsabilidades sociais decorrentes do enlace, o que leva a regras protetivas dos integrantes do núcleo e de seus parentes, que deixam transparecer, em seu substrato, os pressupostos da estabilidade, da moralidade e da responsabilidade.

Evidente, assim que ao lado da denominada família legítima temos outra, presente na união livre ou concubinato, da qual tratou a Constituição Federal, também (art. 226, § 3º). Ela será estudada em momento oportuno (Cap. XI, infra).

O casamento produz determinados efeitos em relação aos filhos e com pertinência aos cônjuges, na ordem pessoal e patrimonial.

O art. 229 estatui que o casamento cria a família legítima e legitima os filhos comuns nascidos e concebidos antes dele.

Dizendo que o casamento cria a família legítima, o legislador, como encarecido, adota um modelo que é a família constituída pelo casamento. O alcance social do matrimônio gera como primeiro e grande efeito a constituição da família. Ela é a base da sociedade (art. 226 da Constituição Federal), merece a proteção do Estado, que a envolve em 110 MARCO AURÉLIO S. VIANA

normatização que persegue os meios de realização do ser humano e preservação do grupo social.

Celebrado o casamento, constituída está a família legítima. Ponderamos que não se cria uma entidade distinta das individualidades dos cônjuges, ou seja, uma comunidade ou agrupamento, ou mesmo uma pessoa jurídica.4 O que temos é uma série de relações, de efeitos específicos e determinados.

No plano pessoal adquire-se o status de casado, nascem direitos e deveres recíprocos (fidelidade, mútua assistência, etc.), emancipa-se o cônjuge menor, e os efeitos se irradiam atingindo os filhos, estabelecendo-lhes a presunção de paternidade: pater is es quem nuptiae demonstrant. A equiparação dos filhos nascidos do matrimônio com aqueles havidos fora da relação de casamento (art. 227, § 6º, da Constituição Federal), pondo fim às discriminações e colocando-os no mesmo nível juridicamente considerados, afeta o art. 229 do Código Civil. A legitimação que ele proclama, em relação aos filhos comuns nascidos e concebidos antes dele, perde sentido. Dizemos mais: perde eficácia o dispositivo legal citado nessa parte, como, também, os arts. 352, 353 e 354, todos do Código Civil. O instituto da legitimação não se justifica.

No que se refere às relações entre os cônjuges, entendemos que a isonomia conjugal, consagrada pelo art. 226, § 5º, da Constituição Federal, afeta profundamente as relações pessoais.

Entendemos que perdem eficácia os capítulos do Código Civil que disciplinam os direitos e obrigações do marido e da mulher, deixando de existir também, o instituto dos bens reservados. A mulher alcança sua maturidade jurídica, sempre defendida por aqueles que têm homem e mulher como seres humanos, e não como sexos opostos, mas como sexos que se completam.

Em razão dessas considerações, o plano desse Capítulo visa estudar a situação existente antes da Constituição Federal de 1988 e o seu reflexo no Código Civil e na legislação especial.

Examinando o casamento sob a ótica patrimonial, ele estabelece a assistência material entre os cônjuges, a prestação de alimentos aos filhos, o usufruto dos bens dos filhos sob pátrio poder e o direito sucessório. Temos, ainda, o usufruto incidente sobre o acervo hereditário, instituído pela Lei n. 4.121, de 1962, o direito real de habitação (art. 1.611).

& 2 REGIME DE BENS

O regime de bens merecerá capítulo próprio, mas não devemos nos descurar de uma noção a esse respeito, quando o art. 230 estatui que



o regime de bens começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável.

Trata-se de efeito patrimonial, cujo marco inicial é justamente a data do casamento, porque só então se firma o estado de casado de cada um dos cônjuges e se estabelece a situação jurídica para o qual foi criado. (Clóvis Beviláqua). Assim, a contar da celebração do casamento, começa a vigorar o regime de bens. Não se exige mais, como no direito anterior (art. 57, Decreto n. 181 de 1890), a relação sexual entre os cônjuges.

O regime é imutável, ou seja, uma vez avençado, não mais se modifica, é irrevogável (Cap. 9

infra)

& 3 DEVERES RECÍPROCOS

Os deveres recíprocos vê m enumerados no art. 231 do Código Civil: 1º) fidelidade recíproca; 2º) vida em comum, no domicílio conjugal; 3º) mútua assistência; 4º) sustento, guarda e educação dos filhos.

Fidelidade recíproca - O dever de fidelidade não é apenas uma decorrência da lei moral, mas, também, obrigação jurídica, imposta ao homem e à mulher. O

caráter monogâmico do matrimônio desqualifica o congresso sexual fora do casamento. A comunhão espiritual que deve presidir o consórcio não se coaduna com comportamento que comprometa

a dedicação exclusiva dos corpos.

A transgressão desse preceito constitui adultério, punido na esfera penal e na civil, sendo que nesta se manifesta por ocasião da separação judicial, com cominações específicas ao cônjuge culpado. Não se distingue entre o comportamento do homem e da mulher. No direito argentino, o direito positivo encarece mesmo que a infidelidade de um dos cônjuges não autoriza idêntico procedimento ao outro (art. 50 da Lei n. 2.393). Não se exige que o homem tenha concubina teúda e manteúda, bastando, na sua configuração, a violação da fé conjugal.

O dever de fidelidade é de conteúdo negativo. Enquanto os outros deveres obrigam a prestações positivas, este reclama abstenção ou prestação negativa.

A doutrina alienígena tem distinguido entre a infidelidade material e a infidelidade moral.

Aquela tipifica-se com o adultério, que reclama o ato sexual; este caracteriza-se como relação íntima ou afetiva capaz de



macular a honra ou ferir os sentimentos do outro cônjuge. A denominada infidelidade moral enquadra-se melhor no âmbito da injúria.

Vida em comum no domicílio conjugal - Marido e mulher devem viver sob o mesmo teto.

Temos tecnicamente o dever de coabitação. Não devemos confundi-lo com as relações sexuais, como pretendem alguns (Carvalho Santos). O congresso sexual é apenas um dos aspectos da convivência do casal. Não significa que tenham de dormir na mesma cama. O que devem ter é acesso fácil à conjugação carnal. Mister observar que a coabitação física é um dos aspectos desse dever, mas é possível que se impossibilite, como no caso de enfermidade grave.

Atentemos para o fato de algumas vezes ser impossível para o cônjuge viver na companhia do outro por todo o mês. É o que se passa com o viajante, com o aviador, com o homem do mar.

Mútua assistência - A vida conjugal impõe aos cônjuges o dever de apoio mútuo, de natureza material, moral e espiritual. E o dever de cooperação do direito português ou direito de assistência do direito francês. Envolve os cuidados pessoais nas enfermidades, o socorro na desventura, o apoio na adversidade e o auxílio constante em todas as

vicissitudes. Com a isonomia conjugal ele apresenta uma coloração nova, pertinente à participação da mulher nas responsabilidades inerentes à vida familiar. Ela não é apenas a companheira e colaboradora, mas titular dos deveres e direitos inerentes à sociedade conjugal, que exerce igualmente com o marido.

Sustento, guarda e educação dos filhos - Os pais devem sustentar os filhos, ou seja, atender-lhes à subsistência material, fornecendo alimentação, abrigo, vestuário, medicamentos, etc.; ter-lhes a guarda, isto é, em sua companhia e vigilância; educá-los, o que equivale a dizer que devem dar a instrução, segundo a sua condição social e econômica, a par da formação espiritual.

& 4 SANÇÕES

A violação dos deveres do casamento implica direito de pedir a separação judicial litigiosa, legitimando o cônjuge ofendido.



Se a mulher abandona o lar conjugal, o marido fica dispensado do dever de sustentá-la, podendo seqüestrar provisoriamente parte de suas rendas (art. 234). Se o marido é quem assume esse comportamento, deve pensionar a companheira. A inobservância do dever de mútua assistência configura o delito de abandono material da família (art. 244, CP). Pode levar à suspensão do pátrio poder, ou sua destituição (arts. 394 e 395). Autoriza a ação de alimentos (art.

397).

& 5 DIREITOS E DEVERES DO MARIDO. DIREITO REVOGADO

Entendemos que perderam eficácia os arts. 233 a 239 do Código Civil, que são manifestamente incompatíveis com a nova situação jurídica da mulher casada, que deixou de ser colaboradora do marido, tornando-se titular dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

A isonomia conjugal espanta as normas discriminatórias, compensatórias ou que privilegiem qualquer um dos cônjuges.

O exame desses dispositivos tem interesse apenas como forma de se entender a evolução operada no Direito de Família.

O art. 233 atribuía ao marido a "chefia da sociedade conjugal". Não se pretendia com essa expressão estabelecer a superioridade do homem sobre a mulher, a submissão desta, de sacrifício de sua individualidade. O marido não era patrão da mulher. O entendimento era que toda sociedade reclama uma direção unificada, razão pela qual o marido foi colocado à frente dessa direção. Por isso é que o mesmo dispositivo legal falava que a chefia era exercida com colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

Para o exercício da chefia da sociedade conjugal a lei atribuía ao marido um conjunto de prerrogativas, definidas em lei, mas que não admitiam exercício discricionário. Incumbia ao marido: a) representação legal da família. A expressão soava estranha porque a família não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. O que se pretendia era indicar que ele representava os interesses e negócios comuns do casal, como ressalva daqueles que a mulher exercia exclusivamente; b) administração dos bens do casal. O marido geria os bens comuns e administrava os



bens dotais, ou incomunicáveis, da mulher (art. 289, I, e 311), cuja administração não lhe tenha sido retirada. Tratava-se de atos de mera administração, não incluindo a alienação; c) fixar o domicílio da família. Entendia-se que o marido não atuava de maneira discricionária. O marido não podia coagir a mulher e segui-lo, nem fixar o domicílio por mero capricho, com o ânimo de prejudicar a mulher; d) manutenção da família. O marido respondia pelos meios necessários à subsistência da família. A mulher exercia-o em caráter concorrente e subsidiário no regime de separação de bens. Aqui ela contribui para as despesas do casal

com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente ao do marido, salvo estipulação em contrário no contrato antenupcial (art. 277). Esse dever incumbia direta e principalmente ao homem, mas a mulher, tendo bens, contribuía. O dever cessava em relação à mulher, quando ela abandonava o lar conjugal (art. 234). O juiz podia - como pode -, no interesse do marido e dos filhos, determinar o seqüestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher.

Como administrador da sociedade conjugal, uma série de atos, no entanto, não podiam ser praticados sem o consentimento da mulher. Cumpria-lhe administrar, mas não alienar ou dispor dos bens. Os atos vinham enumerados no diploma civil, art. 235, e eram os seguintes: a) alienar, hipotecar ou gravar com ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios. A restrição legal alcançando apenas os imóveis é resultado do fascínio que os imóveis exerceram sobre o legislador, solução incompatível com o mundo atual, em que os valores mobiliários ultrapassam, não raro, o significado dos imóveis; b) pleitear como autor ou réu, acerca desses bens e direitos. Se a disposição é vedada, compreensível que ação que se proponha reclame o concurso do casal, pois a condenação

atinge o direito de ambos. O diploma processual civil enunciou a regra do art. 10. Se não era obtida a vênia conjugal, era possível supri-la judicialmente, se houvesse recusa sem justo motivo, ou era impossível dá-la; c) não pode prestar fiança sem outorga da mulher. As repercussões da fiança justificavam a solução legal. Ele poderia comprometer o

patrimônio do casal; d) fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns. Vedava-se a liberalidade com o patrimônio comum, como regra, admitindo-a apenas em duas situações: a) se era de pequeno valor, aferindo-se o alcance da doação, se módica ou não, pela comparação com as posses e condições CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

sociais do casal; b) se era remuneratória: como se trata de pagamento de um serviço, não há, em tese, liberalidade. O art. 236 permitia os dotes ou doações nupciais feitas às filhas e as doações feitas aos filhos por ocasião do casamento, ou para estabelecerem economia própria. O dispositivo alcançava apenas os bens móveis.

Os atos praticados sem a vênia conjugal podiam ser atacados por ação anulatória, que incumbia à mulher ou herdeiros (art. 239). O interesse da família justificava a regra. A legitimidade punha-se, também, para pedir a anulação dos atos praticados sem suprimento judicial (art. 239). A prescrição vinha prevista no art. 178, § 9º, I.

& 6 DIREITOS E DEVERES DA MULHER. DIREITO REVOGADO

O legislador de 1916 impôs uma gama significativa de restrições à mulher: 1º) estava incluída entre as pessoas relativamente incapazes (art. 6º); 2º) dependia da autorização do marido para exercer profissão e residir fora do lar (art. 233, IV); 3º) não podia exercer tutela, curatela ou outro múnus público (art. 242, IV); 4º) não podia aceitar mandato (art. 242, IX); 5º) perdia o pátrio poder sobre os filhos do primeiro leito se convolasse segundas núpcias (art. 393).

A História nos revela que ela era colocada em plano secundário. No direito romano ela encontrava-se "in manus" do marido, que tinha sobre ela direito de vida e morte. Nas Ordenações o marido gozava do "jus corrigendi", enquanto o Código de Napoleão impunha o dever de obediência. Esse estado de coisas decorria, como encarecem Colin et Capitant, do poder marital, instituição criticada no direito privado francês. Era um resíduo do munus romano ou do mundium germânico.

A Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, sob a inspiração dos movimentos de igualdade, alterou essa situação, em parte. O homem continuava como chefe da sociedade conjugal, mas a mulher era sua colaboradora. Justifica-se a situação do homem como decorrência da necessidade de unidade diretiva. Assumia os apelidos do marido, se o quisesse, solução que veio com a Lei n.

6.515/77 e que prevalece ainda hoje.

As mesmas restrições que vimos para o homem (n. 5, retro), prevalecia para a mulher (art.

242). Não podia contrair obrigações, que pudessem



importar alienação de bens do casal (art. 242, IV). Mas se ela exercia profissão lucrativa podia praticar todos os atos inerentes ao exercício e defesa de sua atividade (art. 246). Seus bens não respondiam pelas dívidas do marido, nem os deles pelas dívidas da mulher (art. 3o da Lei n.

4.121/62). As restrições do art. 242, no restante, foram revogadas pela Lei n. 4.121/62.

Nessa linha, compreensível a regra do art. 243, que dispunha sobre a autorização geral ou especial, que o marido podia outorgar à mulher. Ele permitia que a mulher praticasse determinado ato, que atuava em nome próprio, e não como mandatária do marido.

Os atos praticados sem a autorização do marido, quando necessária, eram anuláveis (art.

252). Mas ele estava autorizado a ratificar o ato, eliminando o vício (parágrafo único, art. 252).

A mulher estava autorizada a pedir o suprimento judicial, se o marido injustamente a negava (art. 245). Em qualquer das hipóteses previstas no art. 242 ela estava legitimada para manejar o suprimento.

A economia doméstica era gerida pela mulher. Para esse fim a lei estatuía o direito necessário, consubstanciado em atos que lhe era permitido praticar, pois militava a presunção de que ela podia praticá-los (art. 247). Assim ela podia comprar a crédito as coisas necessárias à economia doméstica e obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas reclamavam.

Assim, a compra de objetos e utilidades indispensáveis à vida do lar, como

víveres, artigos de vestuário, utensílios domésticos, etc. Militava a presunção de estar autorizada pelo marido para contrair as obrigações concernentes à indústria, ou profissão que exercer com autorização do marido, ou suprimento do juiz (art. 247, III). Esse inciso foi atingido pela Lei n. 4.121/62, que permitiu à mulher o exercício de profissão e a livre disposição do produto de seu trabalho, estando ela autorizada a praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa (art. 240).

No art. 248 vinham enumerados os atos que a mulher praticava livremente. Além deles estava legitimada a requerer a interdição do marido (art. 447, II), promover a declaração de ausência, reconhecer filho anterior ao casamento, contratar advogado para ajuizar ação de separação judicial e divórcio, praticar atos concernentes à tutela ou curatela, constituir advogado, se o outro cônjuge deu procuração visando ao mesmo objetivo.

A situação do terceiro prejudicado com a sentença, que invalidou o negócio jurídico levado a efeito pelo marido, sem a vênia conjugal, vinha prevista no art. 250.



O art. 251 dispunha a respeito das três situações em que a mulher assumia a direção e administração do casal: a) se o marido estivesse em lugar remoto, ou não sabido; b) se o marido estivesse em cárcere por mais de dois anos; c) se o marido fosse judicialmente declarado interdito.

A Lei n. 4.121/62 deu nova redação ao art. 246 do Código Civil, permitindo que a mulher exercesse profissão lucrativa, pudesse praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido e os bens com ele adquiridos constituíam bens reservados. Ela tinha ampla disponibilidade sobre ditos bens, com as restrições da parte final do art. 240 e art. 242, II e III. A lei falava em profissão separada da do marido, significando atividade independente da do marido, como requisito de instituição dos bens reservados. A reserva podia ser excluída em pacto antenupcial.

O parágrafo único do art. 246 editava: "Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família".

## & 7 IGUALDADE JURÍDICA DOS CÔNJUGES

A Constituição Federal de 1988, ao editar, no art. 226, § 5º, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, concluiu o trabalho de evolução iniciado pela Lei n. 4. 121/62, introduzindo no direito pátrio a igualdade jurídica dos cônjuges. A isonomia conjugal coloca o direito brasileiro na linha mais moderna nesse particular.

As normas que estudamos nos n. 5 e 6, retro, refletem um momento informado pelo poder marital, enunciado pelo Código de Napoleão, no seu art. 213, que impressionou todas as codificações que o tiveram como fonte, no século XIX. O marido devia proteção à mulher e esta obediência ao marido. Mas, no próprio direito francês, o rigor da regra cede passo, nas reformas operadas pelas leis de 18 de fevereiro de 1938 e de 22 de setembro de I 942, que substituíram a redação primitiva do art. 213, dispondo que o marido era o chefe da sociedade conjugal, suprimindo a referência ao dever de obediência. A Lei de 4 de janeiro de 1970 afeta o citado art.

213, que dispõe, agora: "Os esposos asseguram juntos a direção moral e material da família. Eles provêm a educação dos filhos e preparam seu futuro". A Lei de 11 de julho de 1975 substitui o segundo parágrafo do art. 215, estabelecendo que ambos os cônjuges, de comum acordo, dispõem a respeito do lugar de residência da família. Aqui, também, suprimese o poder marital. No direito italiano, o art. 144 do Código Civil de 1942,



de acordo com o texto da Lei 151 de 19 de maio de 1975, estabelece que os cônjuges acordam entre eles a direção da vida familiar e fixam a residência da família, segundo as exigências de ambos e preeminentes da própria família. O Código Civil espanhol, no art. 57, é modificado pela Lei de 2 de maio de 1975 e estatui que marido e mulher devem respeito e proteção e atuam sempre no interesse da família. Na Alemanha, a Lei de 21 de junho de 1957, em vigor a partir de 1º

de julho de 1958, estabeleceu a igualdade entre o homem e a mulher, derrogando o poder de decisão do marido (art. 1.345 do Código Civil alemão). E o que está no direito tcheco, que acolheu a teoria da autoridade indivisa (art. 20, I, Código

de Família) e no direito iugoslavo (Lei Fundamental sobre Casamento, art. 4º).

Evidente que a Carta Magna colocou-se dentro da orientação mais adequada, respeitando homem e mulher como seres humanos.

Prevalece a teoria da autoridade indivisa, proposta por Plauch. Segundo ela a soberania do grupo conjugal ou familiar pertence a ambos os cônjuges, sem delimitações de esfera. Eles devem se entender. É a orientação do legislador português de 1977 do tcheco e do iugoslavo. Não fica afastado o direito de ir a juízo para solução de possíveis conflitos. É bem verdade que se o dissídio desemboca no judiciário o casamento está combalido."

Merece nossa atenção o art. 5º, I, da Constituição federal que edita que homens e mulheres são iguais em diretos e obrigações, nos termos desta Constituição. Estabelece-se em bases claras a igualdade entre os seres humanos.

O direito constitucional brasileiros inseria-se no rol daqueles direitos que proclamavam a igualdade entre homem e mulher perante a lei, o que equivale a uma proibição de discriminações legislativas. A Constituição Federal de 1988 alterou esse quadro porque estabelece a igualdade absoluta de direitos entre homens e mulheres. Nos limites que o tema nos interessa devemos dizer que a parte final do dispositivo legal em exame enuncia que a igualdade se faz tios termos desta Constituição. Criou-se uma reserva constitucional no assunto, o que equivale, em outras palavras, a dizer que somente a Carta Magna pode desigualar homens e mulheres. É absolutamente vedado à lei ordinária fazê-lo. Isso não significa, contudo, que não se possa, em situações especiais, fugir desse território, em decorrência da realidade, que sinaliza para exclusividade de um sexo. Como exemplo é possível lembrar que não será ilícito ao homem

pretender ingresso em um batalhão de polícia feminina.



Transpondo essas noções para o universo da relação entre os cônjuges, é indiscutível que não se poderá privilegiar um dos cônjuges, ou lhe atribuir direitos que discriminem o outro. Marido e mulher são em tudo iguais, e somente a Lei Maior poderá desigualá-los.

& 8 LEGISLAÇÃO REVOGADA

A igualdade jurídica dos cônjuges deságua em território novo, atingindo o Código Civil, com reflexos práticos de profundo alcance.

Perdem eficácia os artigos 233 a 255 do diploma civil. São dispositivos apoiados em um sistema de superioridade legal do marido. Não se justifica, por exemplo, que o marido administre os bens comuns e os particulares da mulher, ou que fixe o domicílio conjugal. Sob a égide do art.

233, III, a jurisprudência já se alinhava no sentido de coibir a atuação do marido, decidindo que seria abandono do lar a mudança de domicílio sem qualquer justificativa (RT, 521/103). A doutrina sustentava que o marido não estava autorizado a coagir a mulher para segui-lo, não admitia que ele fixasse o domicílio por mero capricho, visando prejudicar a mulher. Embora não disponha de um preceito como o da legislação francesa, estabelecendo que a fixação da residência da família é fruto de deliberação entre marido e mulher, não vemos como conciliar a isonomia conjugal com o direito de o marido fazer a eleição.

No regime anterior, embora os cônjuges não pudessem dispor livremente dos bens imóveis, o marido alienava os móveis e cedia direitos sem restrições. Ora, no mundo moderno os valores mobiliários superam, não raro, os bens imóveis. Assim, o varão vendia ações quotas de sociedades, títulos, entre vários outros bens e direitos, sem que a mulher encontrasse tutela adequada. Atualmente a alienação de bens imóveis e móveis, bem como a cessão de direitos exige a vênia conjugal. O patrimônio e os negócios da família são responsabilidade do casal. Eles respondem pela

administração moral e material da família.

Nessa nova ordem legal desaparece o instituto dos bens reservados. A isonomia conjugal é incompatível com qualquer privilégio ou princípio de compensação. A igualdade jurídica dos cônjuges espanta esse tipo de solução, na mesma medida que não estende ao marido os privilégios que a legislação outorgava à mulher. Equivocado o entendimento 12O MARCO AURELIO S. VIANA

que vê na orientação da Carta Magna instrumento de criação de privilégios para o homem, porque a lei especial os havia, anteriormente, como forma de

compensação, atribuído à mulher. Muito ao contrário, o que temos é a eliminação do sistema de privilégios, porque ele resultou de um momento em que a mulher conhecia posição legal inferior. Agora ela atua lado a lado com o marido, com os mesmos direitos e obrigações, sendo absurdo que prevalecessem os privilégios.

Essa tese não é acolhida por todos. Há quem sustente que o instituto deverá sobreviver pelo conteúdo social de sua instituição. Divergimos dessa linha de pensamento, porque a igualdade jurídica põe termo tanto às normas que revelam a proeminência do marido como àquelas que têm conteúdo de compensação. E os bens reservados inserem-se nesse território.

No universo do regime de bens, sustenta Caio Mário da Silva Pereira que, se admitirmos a extinção dos bens reservados, devemos entendê-la em relação ao regime de separação convencional ou legal, porque ela implica existência de bens com que os nubentes entram para a sociedade conjugal. Não nos fascina a tese, apesar da autoridade de seu defensor. Forçoso convir que o regime de bens não resulta de sistema de compensação. O casamento civil é um contrato, e a lei estabelece, no regime matrimonial, o estatuto das relações patrimoniais. Existem interesses matrimoniais próprios, que reclamam um regime específico de relações jurídicas. A liberdade dos cônjuges a esse respeito é ampla. Entendemos que apenas o regime dotal perde sentido. No direito português, pela reforma de 1977, ele foi abolido. Não vemos como argumentar com o regime de bens para justificar a sobrevivência dos bens reservados.

A igualdade jurídica dos cônjuges atinge, também, o direito processual civil. Não vemos razão científica para distinguir entre o direito civil e o processual quando se trata de aplicar o texto constitucional. Assim é que perdeu eficácia o art. 100, I, do Código de Processo Civil, porque constitui privilégio, incompatível com a nova ordem legal. No mesmo passo o art. 10, porque, sendo a sociedade conjugal administrada pelo casal, necessariamente a defesa em juízo exige a presença do marido e da mulher, assim como o ajuizamento de qualquer ação. Entendemos, assim, que a citação dos cônjuges se fará em toda e qualquer ação, sem as limitações dos CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

incisos do parágrafo único do art. 10; o ajuizamento de qualquer feito, versem ou não sobre imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, reclama a vênia conjugal.

O intérprete e o aplicador da lei deverão ter sempre em mente, quando se defrontarem com o caso concreto, que a igualdade jurídica dos cônjuges é incompatível com qualquer privilégio ou discriminação.

& 9 DIREITO DE USUFRUTO E DIREITO DE HABITAÇÃO

Dissolvida a sociedade conjugal, pela morte, nasce o direito de usufruto e o direito de habitação.

Direito de usufruto - Defere-se ao cônjuge viúvo, se o regime do casamento não era o da comunhão universal. O usufruto incide na quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e na metade, se não houver filhos. A incidência na quarta parte tem lugar sempre que haja descendentes de qualquer grau, e não apenas filhos (art. 1.611, § 1º).

Direito de habitação - Apresenta-se quando o regime de bens for o da comunhão universal e o imóvel seja o único bem do casal e tenha a destinação de moradia (art.1.611, § 2º). O direito reclama a permanência do estado de viuvez.

Capítulo 9

DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS

SUMÁRIO

1 Introdução

2 Princípios aplicáveis

3 Regime obrigatório

# 4 Pacto antenupcial

5 Outras disposições

6 Regime de comunhão universal

7 Regime de comunhão parcial

8 Regime de separação de bens

# 9 Regime dotal

10 Doações antenupciais

& 1 INTRODUÇÃO

Examinando as diversas legislações é possível constatar que o vínculo conjugal gera uma comunidade de interesses patrimoniais, que é colocada fora do regime geral das relações jurídicas.

Temos o regime patrimonial que é o estatuto das relações patrimoniais resultantes do casamento.

Seria possível uma completa comunhão de vida entre duas pessoas, tanto no aspecto pessoal como naquele patrimonial, mas sem que isso implique relações jurídicas patrimoniais diferentes daquelas que se estabelecem entre duas pessoas estranhas? Nos países anglo-saxônicos os cônjuges são, nas suas relações patrimoniais, totalmente estranhos, estando tais relações disciplinadas pelo direito das obrigações, pelos direitos reais, pelo direito das sucessões, etc. No direito iuguslavo anterior, o casamento não prejudicava a disponibilidade do cônjuge sobre os bens que ele trazia para o casamento, havendo comunicação apenas dos havidos na constância do casamento. Na dissolução do casamento cabia ao tribunal determinar a divisão dos bens comuns, segundo os critérios fixados em lei.

A respeito do tema há quem sustente não se justificar a criação de um regime especial de bens, um estatuto patrimonial das relações entre os cônjuges.

Se temos um casamento sólido, uma verdadeira comunhão de vida, a comunicação de natureza patrimonial se desenrola sem dificuldades. As relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida. O que se observa na prática é que vindo a instabilidade estabelecem-se obstáculos sérios para a solução das questões de natureza patrimonial. As experiências dos países anglo-saxônicos e o direito iuguslavo revelam que esse é o caminho mais adequado, ou seja, permitir que, no plano patrimonial, haja absoluta separação, com liberdade de disposição pelos

cônjuges dos bens que lhes pertencem. É claro que devem ser criados 126
MARCO AURELIO S. VIANA

mecanismos que atendam aos interesses dos credores, evitem o enriquecimento sem causa, preservem os interesses patrimoniais da família, apenas para citar alguns pontos.

A nosso ver os bens anteriores ao casamento deveriam pertencer ao cônjuge que os adquiriu.

Os bens havidos na constância do casamento pertenceriam ao que o houvesse adquirido, mas assegurando ao outro, provada sua contribuição na formação desse patrimônio, o direito de exigir uma parcela, na forma que fosse estipulada pelas partes, ou definida em juízo. Não é essa, contudo, a orientação do direito positivo pátrio, o que veremos de agora em diante.

& 2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Na visão legal o vínculo conjugal gera, necessariamente, uma "comunidade de interesses patrimoniais", que limitam, de diversas maneiras, a autonomia da esfera de ação de cada cônjuge.

O consortium omnis vitae não se concebe sem essa comunicação patrimonial, que determina a consideração dos regimes matrimoniais, ou com maior propriedade, regimes patrimoniais do matrimônio.

A sociedade conjugal tem interesses patrimoniais próprios, que não devem estar sujeitos ao regime geral das relações jurídicas, o que explica e justifica os regimes matrimoniais. Temos a disciplina das relações patrimoniais, compondo-se o regime matrimonial daquelas normas que governam os interesses pecuniários dos cônjuges. O regime matrimonial é o estatuto que regula as relações patrimoniais resultantes do casamento.

No direito pátrio o regime matrimonial de bens está submetido a três princípios básicos: a) irrevogabilidade; b) variedade de regime de bens; c) livre estipulação.

Lembramos que o regime de bens começa a vigorar desde a data do casamento (art. 230).

Este o marco inicial, o dies a quo. Afastou-se o diploma civil da orientação do Dec. n. 181/90, art.

57, que reclamava a relação sexual entre os cônjuges.

Irrevogabilidade - O art. 230 do Código Civil estatui que o regime de bens é irrevogável. Os cônjuges não podem, uma vez casados por um determinado regime, fazer nova opção, escolhendo outro regime.



Justifica-se o regime do diploma civil ao argumento de que a imutabilidade tutela melhor o interesse dos cônjuges e de terceiros. Em relação aos primeiros porque, após o casamento, seria possível o abuso da fraqueza do outro, com modificações em proveito exclusivo de um deles; a terceiros, porque abriria o caminho para subtrair bens à ação dos credores, que com eles contaria, no momento de contratar. A imutabilidade seria uma expressão da boa-fé e uma garantia para quantos tratem com os cônjuges.

A submissão dos nubentes ao estatuto patrimonial ditado pelo Estado reflete séria restrição à autodeterminação patrimonial dos cônjuges. No direito comparado vamos encontrar a possibilidade de modificação do regime eleito. No direito francês o Code foi alterado nesse particular, substituindo o princípio absoluto da imutabilidade. Os cônjuges podem, mediante acordo ou sentença judicial, esta a pedido de um deles, se conveniente aos interesses da família, e sempre que houver decorrido dois anos de aplicação do regime anterior, promover à modificação do regime de bens. A alteração foí introduzida pela Lei n. 65.570 de 1965. Não diverge o direito italiano, com a reforma de 1975, que deu nova redação ao art. 162 do Código Civil, exigindo apenas prévia autorização judicial. Não é outra a orientação do direito suíço.

A nosso ver, se o interesse dos cônjuges aconselhar, a matéria for submetida ao Judiciário, devidamente justificada, ressalvado o direito de terceiros, aceitável a modificação.

Sensível e importante a evolução ditada pela jurisprudência. Inicialmente admitiu a comunicação dos aqüestos. Atenuou-se o princípio em favor de imigrantes pobres, casados nos seus países de origem pelo regime de separação.

Vinham pobres para o Brasil onde, pelo esforço comum, faziam fortuna. O patrimônio, nascido do esforço de um e de outro, passou a pertencer aos dois, e não apenas ao marido. Admitiu o Supremo Tribunal Federal que o princípio da irrevogabilidade não é ofendido por convenção antenupcial em que se estabeleça que, em caso de superveniência de filhos, o casamento com separação se converta em casamento em comunhão.

A Súmula 370/STF enunciou que no regime legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. É bem verdade que a



Súmula tem merecido críticas, porque não esclarece se a comunicação dos aqüestos decorre ou não do esforço comum. Isso levou a posições divergentes na doutrina e na jurisprudência.

Parece-nos, contudo, mais acertado o entendimento que admite a comunicação quando decorre de esforço comum, porque isso afasta o fantasma do enriquecimento sem causa. Se a irrevogabilidade decorre de pacto antenupcial não se pode falar em reconhecimento de sociedade de fato entre os cônjuges, em pedido vindo após separação judicial, por ser o regime convencional.

A nosso ver, se vigente a sociedade conjugal, possível a modificação, desde que justificada, deduzida em juízo, salvaguardando o direito de terceiros, e resultando do interesse dos cônjuges.

O princípio em estudo será violado se no regime de comunhão um dos cônjuges adquire bem imóvel exclusivamente para si, em seu nome, com exclusão do consorte. " Nulo será o ato, por impossível o objeto, se o marido compra determinado imóvel pertencente ao fundo comum.

Variedade do regime de bens - Os nubentes dispõem, no direito pátrio, de nada menos do que três tipos de regime de bens: o da comunhão universal, o da comunhão parcial e o da separação.

O regime dotal, a nosso ver, é incompatível com a isonomia conjugal, pelo que temos como sem eficácia as normas que a ele dedicava o diploma civil.

Livre estipulação - O direito positivo brasileiro filiou-se ao grupo de direitos que

permitem liberdade na escolha do regime de bens. No direito português, por exemplo, vigora o princípio da livre escolha, permitindo-se aos nubentes, em pacto antenupcial, a escolha entre os regimes previstos no Código, ou a estipulação, segundo a livre vontade, nos limites da lei (art. 1.698). Entre nós, não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial (art. 258). Os futuros cônjuges têm liberdade para escolher o regime que lhes aprouver, ou podem combinar os regimes estatuídos em lei, criando uma figura de perfil próprio. Se não o fazem, ou se a estipulação é nula, prevalece o "regime legal", que é o de comunhão parcial. Este tem caráter supletivo, presente no silêncio das partes, ou em havendo pacto defeituoso. Assim, antes da celebração do casamento, o tráfico da vontade encontra espaço de atuação, exceção feita às hipóteses previstas no art. 258 e as restrições contidas no art. 257, ambos do diploma civil.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

# 129

& 3 REGIME OBRIGATÓRIO

Certas pessoas estão obrigadas à adoção do regime de separação de bens em decorrência de considerações de ordem moral, ou como pena por ter havido contravenção à lei.'3 A enumeração é feita pelo parágrafo único do art. 258: a) às pessoas que celebraram o casamento com infração do estatuído no art.183, XI a XVI (art. 216), impõe-se o regime de separação de bens em se tratando de: 1º) casamento de incapaz, celebrado sem autorização do representante legal. Se o casamento não for invalidado, o regime será o de separação de bens, como forma de evitar que o casamento seja contraído tendo-se em vista apenas a fortuna do incapaz. Em se tratando de menor entre dezesseis e vinte e um anos, ou seja, de pessoa sob o pátrio poder, é possível a adoção do regime de comunhão universal ou comunhão parcial, se com isso concordarem os pais; 2º) prevalece o

"regime obrigatório" se os nubentes não alcançaram a "idade núbil", ou seja, dezesseis anos para a mulher e dezoito anos para o homem; 3º) nos casos enumerados nos incs. XIII a XVI do art. 183

tem-se o casamento irregular, e entre as penas que os infratores sofrem está a adoção do "regime obrigatório" (art. 226); b) do maior de sessenta e da maior de cinqüenta anos. Segundo Clóvis Beviláqua, o casamento nessa faixa etária não se realiza por impulso efetivo. A restrição evita que interesses outros se façam presentes com prejuízo para o nubente com a idade indicada. A Lei n.

6.515/77, no art. 45, abre exceção, admitindo que os nubentes estabeleçam o regime de bens, quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida existente antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos, ou da qual tenham resultado filhos; c) o órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art.183, XI, com o consentimento do tutor. Estando sob tutela, o menor casará obrigatoriamente pelo regime de separação. A preocupação legal é o fato de o tutor vir a ser tolerante, e não ter o mesmo zelo que teria o pai, pelo amor paterno; d) de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts.183, XI, 384, III, 426, I e 453). Busca-se coibir a prevalência dos interesses

de cunho material. Se os pais denegam sua autorização, e o magistrado supre o consentimento, o legislador tem a preocupação de impor o regime de separação de bens, porque é bem possível que os pais tenham razão, além de ser mister o prestígio da autoridade dos genitores.



Vimos no n. 2 supra que a jurisprudência vem mitigando o rigor da norma. Tem admitida a comunicação de aqüestos nas seguintes situações: a) se os cônjuges unem seus esforços e constituem um patrimônio. A solução favoreceu imigrantes pobres casados no país de origem pelo regime de separação e que faziam fortuna no Brasil; b) comunicam-se os aqüestos, também quando resultantes do esforço comum, o que afasta o enriquecimento sem causa.

## & 4 PACTO ANTENUPCIAL

Vimos que o tráfico da vontade encontra território significativo para atuar, porque os nubentes são livres para a escolha do regime de bens que lhes aprouver. Estão autorizados a adotar um daqueles previstos em lei, ou promover a combinação entre eles, criando figura de perfil próprio.

Estabelecem as cláusulas que julgarem adequadas. Se não fazem convenção, prevalece o regime legal, que é o da comunhão parcial.

O documento hábil para a manifestação da vontade dos nubentes a respeito do regime de bens é o "pacto antenupcial". Este nada mais é do que um contrato pelo qual as partes manifestam a vontade de adotar um dos regimes previstos em lei, ou combinam os regimes existentes, criando figura mista. Ele apresenta características próprias, que o colocam fora do Livro das Obrigações.

Uma vez celebrado e seguido do casamento, faz-se intangível, no interesse da família e de terceiros. Mas antes do casamento é possível alterá-lo, e até revogá-lo; só pode ser celebrado antes do casamento; está vinculado estreitamente ao matrimônio, de tal forma que, se ele não se realiza, o pacto é nulo (art. 256, II). Daí se falar em negócio condicional, cuja eficácia fica submetida à ocorrência do casamento. O casamento opera como condição suspensiva, pois enquanto ele não se realiza o pacto não entra em vigor; é negócio solene, só podendo ser feito por escritura pública (art. 256, parágrafo único, I). O instrumento público é da

essência do ato, não sendo possível a adoção da forma particular. Nenhuma validade terá se não CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 131

for observada a escritura pública; sua validade contra terceiros reclama a inscrição no Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 261; art. 167, I, 12 e II, 1, da Lei n. 6.015/73). Prevalece entre as partes, contudo,

independente do registro; reclama a intervenção dos próprios nubentes, pessoalmente ou por mandatário, com poderes especiais. Se um deles for menor de idade é indispensável a assistência do representante legal. A capacidade para o ato é a matrimonial - mulher, maior de dezesseis anos e homem de dezoito anos - (habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiala); só se permitem estipulações a respeito de relações patrimoniais. São estranhas as disposições relativas às relações pessoais. E as cláusulas devem dizer respeito exclusivamente ao regime de bens. Não prevalecem aqueles de

cunho pecuniário, mas que não digam respeito ao regime de bens.

O art. 257 do Código Civil estatui que não se tem por escrita a convenção ou cláusula: a) que prejudique os direitos conjugais ou os paternos; b) que contravenha disposição absoluta de lei. O

princípio da liberdade de estipulação não é absoluto. Preserva-se a organização familiar, colocando-a a cavaleiro de interesses individuais, que poderão afrontar interesses sociais. Por isso a limitação imposta, no sentido de impedir convenção ou cláusula que prejudique os direitos conjugais ou paternos. São nulas as cláusulas que, por exemplo, dispense os cônjuges dos direitos e deveres recíprocos, que limite o pátrio poder. O direito português inclui, por disposição expressa de lei, entre as limitações, a alteração das regras sobre administração dos bens do casal (art.

1.699). Entendemos que a solução deve ser admitida no direito pátrio, em decorrência da isonomia conjugal.

Por disposição absoluta de lei devemos entender o respeito ao princípio de que os preceitos de ordem pública não podem ser derrogados pela vontade particular. Nessa ordem é que se tem entendido que não seria possível regular a recíproca

sucessão entre os cônjuges, em que pese entendimento em contrário de Clóvis Beviláqua.

No direito francês, veda-se convenção que altere a ordem legal das sucessões, seja na relação entre eles, seja em relação aos filhos ou descendentes, seja pertinente às relações entre os filhos (art.1.389). 21 MONTElRO, Washington de Barros. Curso, cit., v. 2, p.152.

No direito português veda-se a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiros (art.1.699), exceção feita à instituição de herdeiros ou a nomeação de legalidade em favor de qualquer dos esposos, feito pelo outro ou por terceiro, ou em favor de terceiro, feito por qualquer dos cônjuges fart.1.700). V. COLIN et CAPITANT. Cours, cit., t. 3, p. 10.



& 5 OUTRAS DISPOSIÇÕES

O art. 260 do Código Civil reza que o marido que estiver na posse dos bens particulares da mulher será para com ela e seus herdeiros responsável: 1º) como usufrutuário, se o rendimento for comum; 2º) como procurador, se tiver mandato, expresso ou tácito, para os administrar; 3º) como depositário, se não for usufrutuário nem administrador.

O art. 45 da Lei n. 6.515/77 foi examinado anteriormente (n. 2, supra).

& 6 REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL

No regime de comunhão universal temos um patrimônio comum

que é constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam excetuados por lei (art. 262). Os cônjuges têm propriedade e posse de todos os bens, sejam móveis ou imóveis, cabendo a cada um uma metade ideal. Não há exclusividade em favor de nenhum deles, o que inibe a um ou outro privar o consorte da sua utilização. Há um único patrimônio constituído pelos bens existentes por ocasião do matrimônio e os adquiridos na constância do casamento. Sua defesa se faz por qualquer um dos cônjuges."

Esse regime prevaleceu até o advento da Lei n. 6.515/77, que alterou a redação

do art. ?58 do Código Civil, como regime legal. A justificativa para sua adoção seria de ordem histórica e moral. A primeira porque, originária do direito germânico, espalhou-se pela Europa, firmando-se em Portugal; a segunda por se considerar que o casamento é uma comunhão de vidas, e a comunhão traduziria, no plano material, a proje-

ção da mais estreita união de vida e de interesses, que resulta do casamento." Atualmente prevalece o regime de comunhão parcial, sendo necessá-

rio, para adoção do regime de comunhão universal, que seja celebrado pacto antenupcial.

Devemos observar que nada impede a convivência de patrimônios especiais ao lado do patrimônio comum. O enunciado, na parte final do art. 262, é no sentido de que a comunhão não alcança determinados bens que a lei exclui. Aqui, aqueles bens incomunicáveis por força do regime 23 PEREIRA, Caio Mário da Silva. litstituições, cit., v. 5, p. 122.

24 BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil, cit., comentários ao art. 258, p. 643.



jurídico a que se acham submetidos, como se dá com os bens gravados com fideicomisso; também incluídos outros por sua destinação, como as pensões, meios-soldos, montepios, etc. A incomunicabilidade pode decorrer de determinação do doador ou de quem legou, assim como decorrer da vontade dos cônjuges, manifestada em pacto antenupcial. Assim, ao lado do patrimônio comum teremos um patrimônio do marido e um patrimônio da mulher. Orlando Gomes distingue entre o patrimônio especial, constituído por bens incomunicáveis, como os gravados de fideicomisso, e o patrimônio reservado, composto por bens que se comunicariam não fora sua incomunicabilidade em pacto antenupcial, ou por determinação de quem doa ou lega.25

Observamos que a comunhão, embora universal, em verdade não alcança todos os bens, como resta demonstrado pela existência de patrimônio especial.

Exclusão - O art. 263 do diploma civil exclui da comunhão: 1 ) pensões, meios-soldos, tenças e outras rendas semelhantes: a pensão é a quantia em dinheiro

paga mensalmente a alguém, visando sua subsistência em virtude de lei, decisão judicial (indenização por lesões corporais, ações de alimentos, separação judicial), contrato (arts. 1.424 a 1.476) ou disposição de última vontade (testamento); meio-soldo é a metade do soldo que o Estado paga a seus servidores reformados, em especial nas Forças Armadas); montepio é a importância paga pelo Estado aos beneficiários de funcionário falecido em atividade ou não; tença é a pensão recebida periodicamente do Estado ou de particular, por uma pessoa, para sua subsistência alimentar; 2") os bens doados ou legados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar: se uma pessoa doa ou lega determinado bem com a cláusula de

incomunicabilidade, esse bem integra o patrimônio especial ou reservado do cônjuge beneficiado. Incluem-se, ainda, os bens doados com cláusula de reversão (art.1.174); 3") os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva: a propriedade do fiduciário é resolúvel (art.1.734). Ele recebe o bem com a obrigação de transmiti-lo por sua morte ou a certo tempo, ou sob certa condição, ao fideicomissário. Para que possa cumprir essa obrigação, é compreensível que o bem seja incomunicável. Quanto ao fideicomissário, 25 GOMES. Orlando. Direito, cit., p. 172. No mesmo sentido LEHMANN. Dereclio, cit., p. 19fi.

l Z /1 ,.• nrr• ai ioFi in C VIANA

tem ele apenas um direito eventual, que depende da realização da condi-

ção para a aquisição do domínio. Se o fideicomissário falecer antes do fiduciário, caduca o fideicomisso, consolidando-se a propriedade em mãos do fiduciário (art.1.735); 4") o dote prometido ou constituído a filho de outro leito; 5o) as obrigações provenientes de atos ilícitos; 6 ) as dívidas anteriores ao casamento: pelos débitos anteriores ao matrimônio responde apenas o devedor com seus bens particulares ou com os bens que trouxe para a comunhão (art. 264). O princípio é de incomunicabilidade das dívidas anteriores. Mas a lei abre duas exceções: a) comunicam as dívidas contraídas com os aprestos, tais como a aquisição de móveis, festas e enxoval; b) as dívidas que tiverem revertido em proveito comum, como se dá com a aquisição de imóvel. Nessas duas hipóteses responde a comunhão; 7o) as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade; 8") as roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e

instrumentos de profissão e os retratos de família: no que diz respeito aos livros, se, em grande quantidade, constituindo parcela apreci-

ável do ativo, ou os tendo o cônjuge para negócio, dá-se a comunicação;• "

9") a fiança prestada pelo marido sem outorga uxória: sem a vênia conjugal a fiança é passível de anulação. Por ela responde apenas o cônjuge que se obrigou, comprometendo-se sua meação, o que se fará após a dissolução da sociedade conjugal. A solução é a mesma se a fiança é prestada pela mulher; l0o) os bens da herança necessária a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade; 11") os frutos civis do trabalho, ou indústria, de cada cônjuge ou de ambos.

No que se refere aos denominados bens reservados, sendo eles incompatíveis com a isonomia conjugal, perde eficácia contido no inciso XII do art. 263.

As dívidas anteriores ao casamento assim como as obrigações consideradas incomunicáveis serão pagas pelo cônjuge devedor com os bens que trouxe para o casamento, ou com bens particulares. Se não os houver, dissolvida a sociedade conjugal, a meação atenderá aos credores (art. 264).=•

Comunicação dos frutos - Os frutos que se percebem ou vencem durante o matrimônio se comunicam (art. 265). A incomunicabilidade dos bens arrolados pelo art. 263 não alcança os frutos. A regra é a comunicabilidade, mesmo que os bens sejam incomunicáveis. Para que os frutos se 26 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso, cit., v. 2, p.164.

27 MONTElRO, Washington de Barros. Curso, cit.. v. 2, p.164.



comuniquem é indispensável que haja declaração expressa da lei ou da vontade. Alguns dos bens mencionados pelo art. 263 são incomunicáveis em decorrência da qualidade de pessoais, porque intransmissíveis em decorrência da qualidade de pessoais, porque intransmitíveis, como as pensões, meio-soldos e montepios. Mas os rendimentos entram para a comunhão. Se o nubente era titular do direito a uma pensão, o direito não se comunica, mas o dinheiro que receber após as núpcias é comunicado a partir do vencimento da prestação. O seu valor entra no patrimônio, assim como os bens adquiridos com ela.2x

Administração - O art. 266 do Código Civil reza que, na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum. A solução é compatível com a natureza do regime de comunhão, que subsiste enquanto durar a sociedade conjugal, não podendo nenhum dos cônjuges alienar a sua metade, nem sair da comunhão. O parágrafo único do dispositivo citado, em consonância com a superioridade legal do marido, enunciava que a administração dos bens, pela mulher, só se faria por autorização do marido, ou nos demais casos indicados em lei, remetendo-se ao art. 248, V, e 251. O parágrafo único do art. 266 perdeu sua eficácia, por ser incompatível com o novo regime de igualdade jurídica. A administração se faz pelo marido e pela mulher, em igualdade de condições, porque o marido não é mais o chefe da sociedade conjugal.

Dissolução - A comunhão cessa com a morte de um dos cônjuges pela sentença que anula o casamento, pela separação judicial e pelo divórcio (art. 267).

O estado de indivisão é mantido até que haja a partilha. Até que ela se opere, o cônjuge que estiver na posse dos bens comuns continua com a administração.

Havendo anulação do casamento, cada cônjuge retira aquilo que trouxe individualmente para o matrimônio, pois é de se considerar que não houve casamento, razão pela qual os cônjuges voltam ao estado anterior às núpcias. Se se tipificar a putatividade, procede-se na forma indicada anteriormente (Cap. VII, n.15).

Com a separação judicial dá-se a partilha. A solução não varia no caso do divórcio.

A comunhão incidente implica que as acessões, frutos e rendimentos dos bens acresçam ao acervo comum, entrando na partilha, bem como os lucros e ganhos sobrevindos à extinção da comunhão. Vigora o princí-

28 Exemplo extraído de Dl NIZ, Maria Helena. Curso de direito civil, v. 5, p. 119.



pio de que os aumentos e produtos da coisa indivisa pertencem aos co-proprietários na proporção do quinhão de cada um.zy

Extinta a comunhão e efetuada a divisão do ativo e passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro por dívidas que este houver contraído (art. 268).

## 7 REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL

Com a Lei n. 6.515/77 o regime de comunhão parcial passou a ser o regime legal (art. 258). No silêncio dos nubentes, ou em sendo nula a convenção antenupcial, prevalece o regime em estudo.3o

Nesse regime coexistem três patrimônios: a) o patrimônio comum, constituído pelos bens havidos na constância do casamento por título oneroso, ainda que em nome de um dos cônjuges, os adquiridos por fato eventual (jogo, aposta, loteria, rifa, aluvisão, avulsão, invenção,3' herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias de bens particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos, os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge ou de ambos (art. 271 ) ; b) o patrimônio pessoal do marido; c) o patrimônio pessoal da mulher.

O patrimônio pessoal é constituído pelos bens que cada um dos nubentes tinha por ocasião do casamento; os havidos na constância da união, a título gratuito (doação ou sucessão); os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares; aqueles que se consideram excluídos da comunhão universal; os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio a que tenha direito qualquer dos cônjuges (art. 269).

Comunicabilidade e incomunicabilidade. A especificação dos bens que constituem cada um dos patrimônios, que coexistem nesse regime, vem assinalada no diploma civil. Não integram o patrimônio comum os enumerados no art. 269, que constituem o patrimônio pessoal do 29 GOMES, Orlando. Direito, cit., p.177.

30 No direito português temos o regime de comunhão de adquiridos (v. art.1.722 do Código Civil); no direito francês encontramos a comunicação de aqiiestos, comunicando-se os bens móveis e os adquiridos na constância do casamento, excluídos os imóveis que os nubentes tinham por ocasião do matrimônio e os adquiridos posteriormente a título gratuito.

31 MON'TEIRO, Washington de Barros. Curso, cit., v.2, p.170S.



marido ou da mulher (art. 269). Os comuns estão relacionados no art. 271

e constituem o patrimônio comum.

Com relação ao passivo, não se comunicam as dívidas anteriores ao casamento, mesmo aquelas contraídas com os preparativos do casamento.

Só o devedor responde, a menos que tenha advindo lucro para ambos, quando respondem na proporção do ganho de cada um (art. 274). As obrigações provenientes de atos ilícitos também não se comunicam, a menos que tenha havido proveito para ambos os cônjuges.

São incomunicáveis os bens cuja aquisição se deu na constância do casamento, mas por título anterior (art. 272). Se um dos cônjuges vende uma propriedade antes do casamento, a crédito, mas só vem a receber o dinheiro após o matrimônio, esses bens não se comunicam, porque vinculados a título anterior ao casamento.32 A solução é a mesma nas aquisições submetidas à condição suspensiva, que se verifica na constância do casamento; também os bens que entram para o patrimônio em conseqüência de ação anteriormente proposta. O princípio a ser observado é o seguinte: não se comunicam as aquisições ligadas a título aquisitivo anterior ao casamento.

Administração - O art. 274 estatuía que a administração dos bens do casal competia ao marido. Ele geria, assim, os três patrimônios indicados. Se ele, na administração, contraía dívidas, respondiam por elas, em primeiro lugar, os bens comuns, e, em seguida, os bens particulares, na proporção do proveito que tiver advindo para cada um deles (art. 274). A solução era aplicada quando a mulher tinha a direção, ou nos casos de autorização material, expressa ou presumida (art. 275). Com a igualdade jurídica os dois dispositivos perdem eficácia, pela manifesta incompatibilidade com o novo regime. A administração é hoje exercida pelos cônjuges, em plena igualdade.

Dissolução - A dissolução da comunhão parcial se dá pela morte de um dos cônjuges, separação judicial, divórcio ou anulação de casamento. Os bens

comuns conhecem os mesmos princípios enunciados para comunhão universal. Os particulares continuam pertencendo ao seu titular.

Bens móveis - O art. 273 estatui presunção no sentido de que se tem como adquiridos na constância do casamento, quando não se provar com documento autêntico que o foram em data anterior.

32 BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil, cit., comentários ao art. 272.

l l Q . . . "• -• , • • oci in c • ii ANA

8 REGIME DE SEPARAÇÂO DE BENS

O que caracteriza o regime de separação de bens é a completa distinção entre os patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração dos seus bens. É o que se denomina regime de separação pura.33 Nesse regime temos a forma mais completa de igualdade entre os esposos, mantendo os direitos sobre os respectivos patrimônios, sem modificação de espécie alguma. É mais utilizado nos países anglo-saxões e na Rússia.3' Essa concepção encontra-se, também, no direito iugoslavo.

Observamos que, no direito pátrio, em que pese a completa

incomunicabilidade, a separação completa e absoluta, os bens imóveis não podem ser livremente alienados, dependendo da vênia do outro consorte (art. 276). Só os bens móveis podem ser objeto de livre disposição. O

legislador paga tributo, aqui, uma vez mais, à idolatria do imóvel.

Ele nasce da convenção ou da lei. No direito pátrio é facultativa a adoção, como regra, embora ele surja como regime legal em hipóteses previstas em lei (art. 258).

Separação convencional - O regime pode decorrer da vontade dos nubentes. Cumpre-lhes decidir a respeiCo da comunicabilidade, das normas relativas à administração, a quota com que a mulher participará para as despesas do casal, ou sua dispensa do encargo, etc. O tráfico da vontade encontra amplo território de atuação.

A separação será pura quando envolver todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, vigorando o princípio da

incomunicabilidade sem distinção. Mas é necessário, para atingir esses efeitos, que os nubentes façam constar de forma clara e explícita, no pacto antenupcial, que excluem os bens que venham a ser adquiridos na constância do casamento. Se não o fazem, vigoram os princípios da comunhão quanto aos aqüestos (art. 259).

Temos a separação limitada sempre que a incomunicabilidade envolver apenas os bens presentes, comunicando-se os futuros, os frutos e rendimentos. Aqui não há muita distinção da comunhão parcial.

Separação como regime legal - Assinalamos que em determinadas situações, por motivos de ordem pública, ou como sanção, o casamento é celebrado, necessariamente, pelo regime de separação, que assume, assim, 33 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Institiiições, cit., v. 5, p.1?7.

34 COLIN et CAPITANT. Co• • rs, cit., t. 3, p. 3.

35 BEGOVlC, Mehmed. Recueil cle La RFP de Yoiigoslavev. v. 4, p. 6.

a feição de regime legal (art. 258, parágrafo único). A questão que se se põe para exame é sabermos se tem aplicação o art. 259 do Código Civil, cujo enunciado é o seguinte: "Embora o regime seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento." Seria admissível a comunicabilidade dos bens havidos na constância do casamento, por mútuo esforço dos cônjuges? Uma corrente sustenta que a separação é absoluta,• • enquanto outra entende que no regime de separa-

ção legal comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.3•

Admitirmos a comunicação dos aqizestos, quando os bens são adquiridos com esforço de ambos os cônjuges, é solução fundada na eqüidade, que não fere o art. 259, dando-lhe interpretação que atende ao bem comum.

Dívidas - As dívidas são incomunicáveis, sejam anteriores ou posteriores ao matrimônio. Por elas responde o cônjuge devedor. Excepcionalmente os bens de um e de outro respondem, quando: a) provenha de ato ilícito em que foram co-autores, ou praticados pelos filhos do casal; b) mantença do lar ou da família, na proporção das quotas respectivas de contribuição; c) relativos aos atos envolvendo compromissos de um ou de outro, praticados com autorização e a outorga do consorte, respectivamente.• "

Contribuição da mulher para as despesas domésticas - O art.

?77 do diploma civil estatui a obrigação de a mulher contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção do seu valor, relativamente aos do marido, salvo estipulação em contrário no contrato antenupcial. A solução legal encontra justificativa no fato de existir uma vida em comum, havendo despesas domésticas no interesse da família.• 4 A contribuição da mulher é feita na proporção do valor dos seus rendimentos relativamente aos do marido. Essa é a regra, que admite solução outra, segundo a conveniência dos cônjuges, conforme o que tenham estipulado no pacto antenupcial. Sua participação poderá ser maior ou menor, segundo o que tenham avençado.

Administração - Cada um dos consortes conserva a administração e fruição dos seus bens, permanecendo, contudo, a necessidade de vênia conjugal para alienação de bens imóveis. Não vemos obstáculo a que o 36 Caio Mário da Silva Pereira. Clóvis Beviláqua, Carvalho Santos.

37 GOMES, Orlando. S• iniula 377 clo STF.

3R PEREIRA. Caio Mário da Silva. lusrituições, cit., v.5, p. 129. A solução está presente no direito português, art.1.691 do Código Civil.

39 BEVILÁQUA, Clóvis. Cócligo Cii• il, cit., comentários ao art.277, p.677.



marido administre os bens da mulher, como mandatário, sendo livre para ela, a qualquer tempo, revogar o mandato. O varão fica obrigado a prestar contas, salvo cláusula em contrário presente no mandato. Inexiste obstácu-lo, ainda, para que a mulher administre, também, como procuradora, os bens do marido, com as mesmas conseqüências. Temos, então, administra ão de bens de natureza contratual, admitindo-se até a estipulação de ç ç .• o remuneração, tipificando-se como contrato de prestação de servi os.

O cônjuge que estiver na posse dos bens do outro será responsável como depositário, se não for seu administrador, ressalvado o direito ao reembolso das despesas de conservação e indenizar-se pelos prejuízos que deles advierem.

Dissolução - Com a dissolução da sociedade conjugal, cabe a cada um dos cônjuges os bens que integram o seu patrimônio separado. Em havendo morte, o sobrevivente entregará aos herdeiros do falecido a parte deste e, em havendo bens comuns, deverá administrá-los até a partilha.'• '

No que diz respeito à inventariança, ela não poderá ser deferida ao marido ou à mulher, por força do art. 990, I, do CPC, tendo-se por revogado o art. I .579 do Código Civil.

# 9 REGIME DOTAL

Entendemos que o regime dotal é incompatível com a igualdade jurídica dos cônjuges. Em abono a nossa tese lembramos que no direito português ele foi abolido pela Reforma de 1977, por ser conflitante com a isonomia conjugal.• • Sustentamos que perderam eficácia os art. 278 a 3 I 1

do Código Civil. Examinamos, contudo, os dispositivos do diploma civil, considerando a natureza da obra e o fato de não ser o nosso entendimento acolhido pela doutrina.

Ele não teve maior aceitação no Brasil.

Dote é a porção de bens que a mulher, ou alguém por ela, transfere ao marido, para que este tire de suas rendas os recursos para atender os encargos familiares. Esses bens são incomunicáveis e inalienáveis, ficam sob a administração do marido para o fim indicado, impondo-se, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, serem os bens, ou seu valor, restituídos à mulher, ou ao dotador, se este for um terceiro.

40 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Irtstittiições, cit., v. 5, p. 127.

41 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições, cit., v. 5, p. 129.

42 SANTOS, Eduardo dos. Direito, cit., p. 324.

# 141

Constituição - A dotalização concretiza-se mediante convenção antenupcial que, como vimos, reclama escritura pública, constando dela o seguinte: a) a descrição dos bens que constituem o dote; b) a respectiva estimação, seja para fixar seu valor, seja para determinar o preço que o marido terá de pagar no momento em que se dissolver a sociedade conjugal; c) a declaração de que os aludidos bens ficam sujeitos ao regime dotal (art. 278). O dote será constituído pela própria mulher, por qualquer ascendente, ou por terceiro (art. 279). Se a dotalização é promovida pela mulher, não se dá transferência, mas simples mudança de condição. Os bens passam a ser indisponíveis, com destinação específica. Se ela se efetiva por ascendente ou estranho, indispensável o instrumento público e respectivo registro. Se resulta de iniciativa dos ascendentes da mulher, considera-se adiantamento de legítima, sujeito a colação (art. 1.786), exceção feita à hipótese prevista no art.1.788. Na constância do casamento não podem os cônjuges constituir dote, nem aumentar o existente.

Se o dote for prometido pelos pais, conjuntamente, sem declaração da parte com que um e outro contribuem, entende-se que cada um se obrigou pela metade (art. 284).

Admite-se que terceira pessoa constitua o dote, mesmo durante o casamento, sem prejuízo do regime adotado pelos cônjuges, que passam a conviver com o dote.

A dotalização admite cláusulas especiais como, por exemplo, a de reversão, pela qual fica estipulado que os bens voltarão ao patrimônio do dotador com a dissolução da sociedade conjugal.

Na celebração do contrato de constituição do dote é indispensável a intervenção, em pessoa ou por procurador, de todos os interessados (art.

?79, parágrafo único).

Bens compreendidos no dote - O dote pode compreender um ou vários bens, presentes e futuros. Especificamente em relação aos bens futuros, só são admitidos se adquiridos gratuitamente e haja referência expressa no pacto

antenupcial (art. 280 e seu parágrafo único). Em que pese a vedação do art. 281 - não é lícito aos cônjuges aumentar ou diminuir o dote -, temos exceções, a saber: a) serão dotais os aumentos decorrentes de acessão natural (aluvião, formação de ilhas); b) a valoriza-

ção da coisa decorrente de obras públicas ou benfeitorias; c) as constru-

ções que se erguerem no terreno dotal; d) as doações à mulher; e) o dote sofrerá reduções em razão de fatos naturais que diminuam o imóvel, de dívidas da mulher anteriores ao casamento, necessidade de venda para sustentar a família, além das hipóteses previstas no art. 293.

43 PEREIRA, Caio Mário da Silva. liistiti• ições, cit., v. 5, p.131.



A morte da mulher faz com que os filhos herdem; se a sucessão é do ascendente que o constituiu, impõe-se a colação (art. 1.786) se ela não deixa filhos, o bem volta ao patrimônio do dotador, por força do direito hereditário.

Estipulações permitidas - O terceiro que constitui o dote não responde pela evicção, salvo se obra de má-fé ou expressamente por ela se obriga (art. 285). Mas se a dotalização se faz por pai ou mãe, a responsabilidade pela evicção é ampla. É possível estipular: a) que a mulher receba diretamente, para suas despesas particulares, uma determinada parte dos rendimentos dos bens dotais; b) que a par dos bens dotais, haja outros submetidos a regime diversos. Prevalece em relação aos bens extradotais o regime da comunhão parcial, à falta de determinação expressa (art. 288).

Os bens ficam assim distribuídos: a) bens dotais, que integram o dote; b) bens parafernais, que não fazem parte do dote; c) os bens adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento, que se consideram comuns, à falta de estipulação em contrário; d) os bens próprios do marido, ou seja, aqueles que ele trouxe para o casamento com cláusula de incomunicabilidade.

Direitos e obrigações do marido - O marido é titular dos seguintes direitos: a) administrar os bens dotais; b) perceber os seus frutos; c) usar das ações judiciais que deram lugar.

A norma contida no art. 290 estabelece presunção no sentido de que, salvo cláusula expressa em contrário, o domínio dos bens móveis, sobre que recair o dote, é transferido ao marido; se imóveis, a presunção é de que não são transferidos. Não se permite a alienação dos bens imóveis, observadas as seguintes exceções: a) se o marido e a mulher, de comum acordo, quiserem dotar suas filhas comuns; b) em caso de extrema necessidade, por faltarem outros recursos para subsistência da fami ia; c) em caso de dívidas da mulher anteriores ao casamento; d) para reparos indispensáveis à conservação de outro imóvel ou imóveis dotais; e) quando se acharem indivisos com terceiros, e a divisão for impossível ou prejudicial; t• no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública; g) quando estiverem situados em lugar distante do domici io conjugal, e por isso for manifesta a conveniência de vendê-los (art. 293). Nos três últimos casos o preço obtido com a alienação será aplicado em outros bens, nos quais ficará sub-rogado (art. 293, parágrafo único).

A alienação e oneração dos imóveis dotais depende de autorização judicial (art. 293 do CC c/c art.1.112, III, do CPC). Não havendo autoriza-

ção judicial, a alienação é nula, legitimando-se a mulher e herdeiros para o feito. A prescrição é de quatro anos (art.178, § 9o, III, do CC). Se o marido omite a natureza dotal dos bens imóveis alienados, responde por perdas e danos perante terceiros (art. 296). A alienação se faz em hasta pública, precedida de editais (art. 293).

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

Dívidas passivas - Aplica-se a norma do art. 299 do Código Civil.

Restituição do dote - O marido restituirá o dote à mulher, ou aos seus herdeiros, dentro de um mês a contar da dissolução da sociedade conjugal, se não o puder imediatamente (art. 300). A mulher tem a hipoteca legal sobre os bens particulares do marido (art. 827, I), como forma de assegurar a devolução, ou se constitui caução ou fiança, em não havendo bens imóveis (art. 297). Ocorrendo alienação dos bens fungíveis ou não fungíveis, quando legalmente permitido, o preço só poderá ser pedido seis meses depois da dissolução da sociedade conjugal (art. 301). Os arts. 300

a 307 são dedicados à disciplina da restituição.

Separação do dote - A mulher pode requerer judicialmente a separação do dote quando recear que a desordem dos negócios do marido leve à convicção de que os bens deste não bastem para assegurar os dela (art. 308). A prerrogativa é privativa da mulher. Os credores, em havendo fraude, podem se opor (art. 308). A sentença será averbada no registro imobiliário, dando ciência a terceiros (art. 309, parágrafo único). Com a separação, o dote fica sob a administração da mulher, mas continua inalienável, cumprindo ao juiz determinar sejam convertidos em imóveis os valores entregues pelo marido em reposição dos bens dotais (art. 309).

Bens parafernais - Bens parafernais são os bens incomunicáveis da mulher, que não integram o dote. Em relação a eles a mulher conserva a propriedade, administração, gozo e livre disposição, exceção feita aos imóveis, quanto à faculdade de alienar (art. 310). O marido poderá administrar os parafernais na condição de procurador da mulher, ficando sujeito à prestação de contas de seus frutos e rendimentos, a menos que seja dispensado (art. 31 l ).

10 DOAÇÕES ANTENUPCIAIS

O direito positivo pátrio admite a doação entre os nubentes antes do casamento, com as seguintes restrições: a) não podem exceder à metade dos bens do doador; b) quando o regime de separação de bens for obrigatório (art. 258, parágrafo único). Se o regime for o da comunhão universal, os bens doados devem ficar incomunicáveis, porque os bens pertencem a ambos os cônjuges. A liberalidade vem em escritura antenupcial e sua validade fica adstrita à realização do casamento. Temos negócio condicional, cuja eficácia depende de evento futuro e incerto, ou seja, a realiza-

ção do matrimônio. Independe de aceitação expressa, sendo resultante do casamento, porque a condição presente é justamente a de se realizar o casamento (sinuptiae fiteriiit secutae). As doações não se revogam por ingratidão do donatário (art. 312).



É possível a doação entre cônjuges, desde que o regime de bens admita a liberalidade. Na comunhão universal é impossível, porque os bens pertencem a ambos os cônjuges, entendimento que prevalece para a separação obrigatória,

pelas mesmas razões que impedem que ela se concretize antes do casamento (arts. 226 e 258, parágrafo único). Os princípios que orientam essas liberalidades são aquelas das doações em geral, não tendo lugar as restrições pertinentes às doações antenupciais.

Os nubentes podem ser contemplados por terceiro. Procede-se em contrato antenupcial, ou em escritura pública anterior ao casamento (art.

313). Reclama escritura pública, dispensa aceitação expressa e é feita sob condição de se realizar o casamento, não se revogando por ingratidão.

Não vigora o princípio da caducidade (art. 324). Se o cônjuge donatário falecer antes do doador, a doação feita, para se tornar efetiva depois da morte desse último, não caducará, aproveitando a liberalidade aos filhos. Mas se o doador sobreviver aos filhos do donatário, a doação caducará (art. 314, parágrafo único).

## Capítulo 10 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Sumário

1 Dissolução da sociedade conjugal

2 Separação judicial e divórcio no plano internacional

3 A presença do Estado na dissolução do casamento

4 Orientação aos casais em fase de dissolução da sociedade conjugal

### & 1 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Dissolve-se a sociedade conjugal: a) pela morte de um dos cônjuges; b) pela nulidade ou anulação do casamento; c) pela separação judicial; d) pelo divórcio (art. 2º da Lei n. 6.515/77).

Estão revogados os artigos 315 a 328 do Código Civil.

Já estudamos a nulidade e a anulação do casamento (Cap. VII) A morte de um dos cônjuges dissolve a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. A morte de que falamos é a natural. O cônjuge sobrevivente passa ao estado de viuvez,

podendo contrair novas núpcias, observadas as exigências e restrições já examinadas.

A separação judicial leva à dissolução da sociedade conjugal, mas não abala o vínculo matrimonial, inibindo novo casamento. O divórcio aniquila o vínculo e põe termo à sociedade conjugal, permitindo novo casamento.

Examinando a evolução legislativa operada, é possível constatar que a regra era a dissolubilidade do matrimônio. O divórcio era admitido pelos povos primitivos. No direito romano, durante o Império, era permitido de forma ampla, sem intervenção do juiz, e sem exigência mesmo do consentimento recíproco. Os costumes germânicos permitiam ao marido repudiar a mulher segundo sua vontade e sem causa determinada. Na sua interpretação do Cristianismo a Igreja Católica reagiu contra os excessos e os canonistas medievais defenderam a indissolubilidade, que foi confirmada pelo Concílio de Trento. No século XVI, a Reforma, opondo-se à natureza sacramental do matrimônio, provocou um vivo movimento divorcista, restabelecido nos países protestantes. Mais tarde ele será estabelecido, pelo anglicanismo, nos países anglo-saxões.

No direito positivo pátrio convivem a separação judicial e o divórcio. A expressão separação judicial substituiu, na Lei n. 6.515/77, a



denominação anterior desquite. Manteve-se a separação litigiosa, que vem fundada em uma das causas previstas em lei, como sanção ao cônjuge infrator, e a separação consensual, em que os consortes avençam a dissolução da sociedade conjugal, sem declinar os motivos, havendo um verdadeiro negócio jurídico bilateral. O vínculo conjugal mantém-se íntegro, em qualquer um dos casos.

## & 2 SEPARAÇÃO JUDICIAL E DIVÓRCIO NO PLANO INTERNACIONAL

Existe um direito fundamental ao casamento, que todas as legislações consagram. Elas reconhecem, em contrapartida, um direito a não ficar casado.

Não se pode negar que, celebrado o casamento pelas pessoas que venceram a fase dos impedimentos e estão, assim, legalmente habilitados a contrair matrimônio, podem advir perturbações de várias ordens, desentendimentos, que

afetam diretamente a manutenção do matrimônio. O direito não poderia ficar alheio à essa realidade, razão pela qual criou mecanismos que permitem a extinção da relação matrimonial, que conhece variação em função da sua intensidade.

No direito romano a dissolução do matrimônio decorria da morte de um dos cônjuges, da perda da capacidade e pelo fim da affectio maritalis. O casamento romano era vivido, mas não contraído.

Era sustentado justamente pela affectio maritalis. Desaparecendo esta o divórcio vinha com forma de lhe pôr fim. O instituto romano do divórcio, sob a influência do Cristianismo, desdobrou-se em dois institutos diferentes, conforme se admita ou não novas núpcias: a) a separação judicial ou separação pessoal, que promove uma separação de corpos, mantém o dever de fidelidade, e determina a partilha dos bens, mas veda ulterior casamento, porque o vínculo conjugal é mantido; e b) o divórcio, conhecido como divórcio absoluto, divórcio a vinculo, em que se admite novo casamento, porque o vínculo conjugal é extinto.

No plano internacional vamos encontrar países que só acolhem o divórcio vincular, outros que contemplam o divórcio e a separação de corpos, e, por fim, aqueles que só disciplinam a separação judicial.

A Alemanha, com a Reforma de 1977, contempla a dissolução do matrimônio por sentença de divórcio, desde que destruído o casamento, ou seja, quando os cônjuges já não convivem ou não se pode esperar que reconstruam o matrimônio. Se o casamento tem menos de um ano, o CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

divórcio só virá se um dos cônjuges o solicitar, imputando ao outro uma causa grave, que impeça a continuação da convivência. Se o matrimônio conta com mais de um ano, presume-se, sem admitir prova em contrário, que o casamento está destruído, se o pedido é formulado por ambos os cônjuges, ou se o demandado consente no pedido. Por derradeiro, se dura há mais de três anos, presume-se a destruição, sem permitir prova em contrário.

Na Áustria, com a Reforma de 1978, o divórcio por mútuo consentimento é admitido, se os cônjuges vivem juntos desde pelo menos seis meses e admitem a irremediabilidade do fracasso do matrimônio. Se o tribunal percebe a possibilidade de se restabelecer a comunidade, pode suspender por seis meses o procedimento.

Na Grécia vigora o Código Civil de I 940, que entrou em vigor em 1946. O divórcio vem fundado na culpa de um dos cônjuges, ou por razões objetivas (enfermidade mental grave que suprime a comunicação espiritual, etc.).

Nesse rol de países que só contemplam o divórcio podemos incluir, ainda, a Polônia, Hungria, Romênia e Bulgária. Observamos que nos referimos à legislação anterior às mudanças no mundo comunista.

Em outro grupo estão países que acolhem o divórcio vincular e a separação de corpos. Nesse universo a França, Bélgica e Luxemburgo, pela aplicação do Código de Napoleão, por causas fundadas em culpa e por mútuo consentimento. Na França, com a Reforma de 1977, o regime do divórcio sanção é substituído pelo divórcio remédio, além de ser acolhido por culpa, o consensual derivado da ruptura da vida em comum. Na Holanda, desde 197l, divórcio e separação somente por desunião do matrimônio de modo duradouro. O pedido pode ser formulado por um ou pelos dois consortes. Na Inglaterra há uma única causa para o divórcio: a destruição irreparável do matrimônio, admitida em determinados casos, fundado na culpa, ou outros de mera separação, que se prolongada pode ser invocada. Nos países escandinavos as causas são a culpa acrescida de situação de grave desacordo entre os esposos ou aversão profunda. Em Portugal admite-se a separação judicial de pessoas e bens e o divórcio. O

divórcio pode vir por mútuo consentimento, após três anos de casamento. Se for litigiosos deverá se fundar em uma das causas previstas na legislação. Na Itália, desde 1975, admite-se a separação judicial por causas objetivas, como a existência de fatos que tornem a vida em comum intolerável, prejudiquem a prole, ainda que decorram independentemente da vontade dos cônjuges.



Por derradeiro temos países que só acolhem a separação pessoal, com exclusão do divórcio vincular. É o que se passa com a Espanha e Irlanda, Andorra, Malta e San Marino.

Os países latinos aceitam, em geral, o divórcio vincular e a separação judicial.

Esse é o panorama internacional.

## & 3 A PRESENÇA DO ESTADO NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

A análise levada a efeito no nº. 2, supra, evidencia a presença do Estado no momento da dissolução do casamento, determinando e impondo as causas que permitem seja o casamento desfeito.

Na verdade o que se denomina de causas para o divórcio, ou para a separação judicial, são, antes, conseqüências da falência da relação existente. O adultério, a intolerância com o cônjuge enfermo, a injúria, apenas para citar algumas dessas causas, melhor se colocam como conseqüências de um casamento que faliu.

Além disso é importante considerarmos que ao direito de se casar corresponde um outro direito que é o de não se manter o casamento contra a vontade dos cônjuges. Qual o sentido de mantermos um casal unido, porque as causas que o Estado entende adequadas à separação judicial ou ao divórcio não podem ser provadas? Não são poucos os casamentos desfeitos, em que os cônjuges e os filhos vivem em péssimas condições, passando, no entanto, aos olhos de todos, como se tudo estivesse bem.

Além disso temos uma violação do direito à intimidade e à autodeterminação pessoal.

Ponderemos, outrossim, que as legislações admitem a dissolução por causas

objetivas, como a observância de determinado lapso de tempo, a doença mental grave, dentre outras, relevando que não há obstáculo a uma solução mais decisiva nesse território.

Pelas razões alinhadas é que se questiona até onde é correto que o Estado exija que a dissolução só se faça se concorrer uma das causas que ele indica, pela legislação respectiva, ficando o interessado obrigado a levá-la ao conhecimento do juiz, que irá decidir se o fato admite ou não a separação judicial ou o divórcio.

Não é segredo que não são poucos os casos em que, diante da impossibilidade de prova da ocorrência das causas previstas em lei, os casais continuam legalmente casados, ou condenados a esse casamento, enquanto espiritualmente estão separados.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 151

& 4 ORIENTAÇÃO AOS CASAIS EM FASE DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

O importante não é o Estado dificultar a separação, mas dar ao casal uma assistência no campo psicológico, capaz de orientá-lo para o alcance do ato que está sendo praticado.

Não é segredo que se casa por vários motivos, mas muito poucos são os casamentos ditados pelo Amor. É bem verdade que cabe às correntes religiosas a orientação espiritual e moral do ser humano. Em que pese a mensagem do Cristianismo, fato é que as religiões, em regra, estão mais preocupadas em divulgar os princípios religiosos do que a doutrina cristã. Nos lares, em geral, o quadro é o mesmo. São poucos os pais que se preocupam em dar uma diretriz moral e espiritual aos filhos. A educação moderna está mais centrada nas conquistas imediatas, nos valores socialmente admirados, onde não há espaço para a educação moral. O lar, que deveria funcionar como uma escola para a formação do caráter do ser humano, preparando-o para a vida em sociedade, segundo valores sadios, falha, normalmente, nesse particular. Prevalece a idéia de competição, de vencer nessa ou naquela profissão. O homem ou a mulher só descobrem que os valores que lhes foram oferecidos, como os mais expressivos e significativos para a vida social, não são ferramentas adequadas para a solução

das crises morais e espirituais que serão chamados a vencer,

quando enfrentam dificuldades. No elenco dessas crises está justamente a vida em comum. Como não aprendeu o sentido e o alcance do matrimônio, a tendência normal é fugir do problema, mesmo que isso custe o sofrimento dos filhos. O sentimento egoístico do prazer e felicidades pessoais sobrepõe-se a qualquer outro, porque o que se aprendeu só pode levar à preocupação individual. Quando nos casamos, deixamos de ser eu, para vivermos o nós. Mas isso não é um princípio admitido ou compreendido.

A maior dificuldade não é o problema que o casal enfrenta, mas como enfrentá-lo. À míngua de uma base moral e espiritual sólida a tendência é fazer o como enfrentar o obstáculo mais complexo do que o problema em si. Por essa razão é que seria importante a existência de serviços, formados por profissionais habilitados, junto às Varas de Família, visando orientar os casais. No lugar da imposição de causas específicas que autorizem a separação ou o divórcio, apoio nesse momento difícil, buscando orientar e assistir aos casais para o alcance e conseqüências do ato que pretendem praticar. Quem milita na área de família sabe que não são poucas as vezes que se evita uma separação conversando e orientando o casal. Ele acaba por ver pontos e aspectos que antes desconhecia ou que não conseguia perceber, tudo fruto da orientação que recebe.

## Capítulo 11 SEPARAÇÃO JUDICIAL

Sumário

1 Noções introdutórias

2 Separação judicial litigiosa: causas

3 Procedimento

# 4 Medidas cautelares

5 Separação judicial consensual

# 6 Efeitos

7 Sentença

8 Reconciliação

& 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Código Civil pátrio dispunha a respeito do desquite nos arts. 315 a 324. Os dispositivos em questão foram revogados pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Alterou-se, ainda, a terminologia, substituindo-se a denominação desquite pela expressão separação judicial.

Recordando o que ficou dito anteriormente, lembramos que o direito positivo brasileiro insere-se no rol dos direitos que fazem conviver a separação judicial com o divórcio. Aquela, permitindo separação de corpos e bens, pondo fim aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime patrimonial de bens, mas mantendo o vínculo conjugal, o que inibe novo casamento (art. 3º da Lei n. 6.515/77). Já o divórcio põe termo ao casamento (art. 24 da Lei n. 6.515/77), permitindo que os divorciados possam se casar novamente.

A separação judicial pode ser litigiosa ou consensual. A primeira se faz em processo contencioso, devendo o interessado fundamentar o seu pedido em uma das causas indicadas pela lei especial. A segunda constitui-se em verdadeiro negócio jurídico bilateral, porque a vontade dos separandos conhece território amplo de atuação, cumprindo-lhes estabelecer as condições para a separação, de acordo com o território traçado pela lei e que veremos oportunamente. Não se declina as causas da separação, cumprindo ao juiz homologar o que foi avençado, observando, contudo, a tutela efetiva da prole e dos cônjuges.

& 2 SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA: CAUSAS

A separação judicial litigiosa leva à dissolução da sociedade conjugal, que é pedida com base em uma das causas indicadas em lei, e cuja eficácia depende de pronunciamento judicial.

Instala-se o contencioso, processando-se o feito pelo rito ordinário (art. 282 do

CPC), sendo a ação privativa dos cônjuges, permitindo-se a representação por curador, ascendente ou irmão, no caso de incapacidade (Lei n. 6.515/77, art. 3º, § 1º ).



Em que pese a revogação do art. 317 do Código Civil, as causas que o diploma civil contemplava encontram-se absorvidas pelo art. 5º e seus parágrafos da Lei n. 6.515/77, e são as seguintes: a) conduta desonrosa; b) violação dos deveres do casamento; c) ruptura da vida em comum; d) doença mental grave. O Código Civil permitia o desquite com base em adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos.

Evidencia-se, sem esforço, que o poder de apreciação do magistrado é sensivelmente estendido, em decorrência do cunho genérico empregado pela lei. Como enfatizamos, no direito positivo vigente, as causas previstas no diploma civil foram absorvidas, mas com maior elastério, seja pela presença da insuportabilidade da vida em comum, seja pela imputação de conduta desonrosa.

Conduta desonrosa - Apesar da dificuldade para se definir a causa em estudo, temos que ela se tipifica pelo procedimento infamante de um dos cônjuges. A acepção é ampla e envolve a tentativa de morte, a sevícia e a injúria grave, que eram causas específicas no Código Civil. O

enunciado genérico permite a absorção. A tentativa de morte encontra tipificação no Direito Penal, como início de execução, e que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, não se confundindo com meros atos preparatórios. A sevícia apresenta-se pela presença de todo atentado à integridade física de um dos cônjuges (maus-tratos, sofrimento físico, agressão).

Também atos vexatórios como corte de cabelo, castigos corporais, etc. Toda violência ou crueldade contra o consorte caracteriza a conduta desonrosa. É bastante que o fato reste provado por testemunhas, não sendo necessário que haja comprovação por exame de corpo de delito.

Dispensa-se, também, a gravidade, bem como a prática reiterada. Basta um só ato. A coabitação após o ato não implica perdão. A conduta desonrosa está presente, também, por palavras. É

possível que a agressão à respeitabilidade e à dignidade do outro cônjuge seja verbal.

Recomenda-se que o juiz examine os fatos sem perder de vista o ambiente social em que os cônjuges vivem. É intuitivo que, segundo a condição social ou intelectual, o ato ou palavra terá repercussão delimitada, podendo mesmo nem sequer constituir-se em causa para a separação. O

animus injuriandi



pode apresentar-se até nos termos em que vier vazada a inicial de separação pedida pelo outro consorte.

No elenco da conduta desonrosa incluímos o amplo elenco da injúria grave, que comporta a violação dos deveres nascidos do casamento e todo atentado à dignidade do outro cônjuge. No que se refere à violação dos deveres nascidos do casamento, é causa autônoma, no direito positivo pátrio. Na injúria temos o ato ultrajante, ofensivo, capaz de chocar, manifestado por gestos ou por palavras. Na sua base está o atentado à honra ou à dignidade do outro cônjuge. E mesmo a ofensa ao patrimônio do consorte pode erigir-se como injúria, e, por via de conseqüência, como conduta desonrosa, como se dá na administração prejudicial dos bens da comunidade conjugal.

Podemos incluir, ainda, o abandono pecuniário, os atos praticados contra os filhos (maus-tratos, má educação), que se enquadram, também, como violação dos deveres nascidos do casamento; atos praticados contra os pais do outro cônjuge, admitido no direito francês, também, na interpretação da doutrina. A inseminação artificial pode constituir-se em conduta desonrosa. O

abandono do lar ou negativa de retornar, porque o fato implica violação do dever matrimonial de vida em comum e no dever de mútua assistência. É claro que se deve examinar a voluntariedade da deserção e a ausência de justificativa, pois a infração só se apresenta se o cônjuge é compelido ao afastamento.

A conduta desonrosa deverá repercutir na vida conjugal com tal intensidade que torne insuportável a vida em comum.

Violação dos deveres do casamento - O art. 231 do Código Civil enumera os deveres recíprocos que nascem do casamento: a) fidelidade recíproca; b) dever de coabitação; c) mútua assistência; d) sustento, guarda e educação dos filhos. A violação de qualquer um deles autoriza o pedido de separação. A ofensa deverá ser grave de forma a tornar a vida insuportável.

a) fidelidade recíproca - A violação se faz pelo adultério. Este envolve relação com pessoa de outro sexo. Se o parceiro é do mesmo sexo temos a conduta desonrosa. A fidelidade não é apenas um dever imposto



pela moral, mas, também, obrigação jurídica, que repousa sobre o homem e a mulher. No direito pátrio não se distingue entre o adultério do homem e o da mulher. Não se exige concubina teúda e manteúda. Presente a

relação fora do matrimônio e temos por violada a fé conjugal. Os atos pré-sexuais, vale dizer, aqueles preparatórios não se enquadram como adultério. Este reclama o ato consumado. Aqueles enquadram-se como conduta desonrosa. A relação contra a natureza, a relação sodomítica tem sido considerada por alguns como adultério, mas há quem pretenda que apenas o coito normal realize a hipótese legal. A relação contra a natureza integraria o elenco da conduta desonrosa, entendimento que ganha foros na jurisprudência. Vimos que a inseminação artificial tem sido enquadrada como conduta desonrosa. Mas é importante lembrarmos que há divergência a respeito, quando a inseminação é feita com esperma de terceiro, sem o consentimento do marido.

O Tribunal de Pádua examinou a espécie, tendo decidido, no primeiro momento, pela inexistência de adultério, por insuficiência de provas. Mais tarde a sentença foi reformada e a mulher declarada culpada do crime de adultério. Há quem fale em "uma forma insólita de adultério - o adultério científico". A corrente mais expressiva, que reúne civilistas e penalistas, vem de se firmar no sentido de se ter, na espécie, injúria grave e, conseqüentemente, em face do direito vigente, conduta desonrosa. O adultério reclama o comércio sexual, o que inexiste na inseminação artificial, em que está ausente a cópula carnal. A gravidez é provocada mediante aparato técnico-científico, sem qualquer preocupação em se alcançar o orgasmo.

O adultério demanda a cópula e a voluntariedade. Se não houve a intenção de violar a fidelidade conjugal, tendo o cônjuge agido sob o



efeito de hipnose, por erro, ou levado ao ato sob ameaça ou por violência, não se realiza a causa.

O Código Civil afastava o adultério como causa para o desquite, quando o cônjuge-autor houvesse concorrido para o ato, ou o consorte inocente perdoasse o adúltero. Evitava-se que o cônjuge-autor viesse a coroar a própria torpeza em juízo. A Lei 6.515/77 não repetiu as duas excludentes. Admitir-se que o cônjuge concorra para o ato e depois invoque a causa é, sem dúvida, iniqüidade, torpeza sem peias. No caso de perdão não temos a gravidade que a lei exige. A coabitação com o cônjuge infrator deve dar-se com pleno conhecimento do adultério. Se o consorte inocente desconhecia o fato, não se caracteriza o perdão. Apesar de a lei vigente não dispor a esse respeito, as duas excludentes merecem ser consideradas.

b) dever de coabitação - A vida sob o mesmo teto é imperativo imposto pelo casamento. Sob o regime do Código Civil o abandono do lar, prolongado por mais de dois anos, era causa para o desquite. A hipótese legal só se punha quando o afastamento era injustificado. A Lei n. 6.515/77

limita-se, em abordagem genérica, a falar em violação do dever de coabitação. Mister examinar as circunstâncias que cercam o afastamento. Se ele repousa em justa causa (maus-tratos, expulsão, tentativa de morte, sevícias, exigência de atos contra a natureza, etc.), não concorre a causa. O

exercício de determinadas atividades profissionais impõe o afastamento do lar, por longos períodos, como se dá com o piloto ou o homem do mar, o que não tipifica a violação desse dever.

c) mútua assistência - O casamento impõe o mútuo dever de apoio material e espiritual. Por isso é que, embora vivendo sob o mesmo teto, tipifica-se a hipótese legal, quando se deixa de ministrar o necessário sustento e assistência moral.

d) sustento, guarda e educação dos filhos - Na nova ordem familiar, que se desenha com cores fortes, os filhos menores ocupam posição especial. Compromete-se o casamento quando a prole é abandonada material e espiritualmente. Não se trata de agressão direta ao outro cônjuge, mas que o atinge, pois o sofrimento de um filho é a dor do pai ou da mãe responsável. O abandono dos filhos é infração penal, também.

Ruptura da vida em comum - A Lei n. 6.515/77 (art. 5º, § 1º, com a redação da Lei n. 8.408, de 13 de fevereiro de 1992) admite a



separação judicial com fundamento em ruptura da vida em comum há mais de um ano, impossibilitada a sua reconstituição. Reduziu-se o prazo, que antes era de cinco anos. O interesse da reconstituição não repousa apenas na vontade de um dos cônjuges. O legislador não se refere ao abandono do lar. Se esse fosse o seu móvel, a referência viria em termos expressos. A ruptura da vida em comum pode independer do fator material do abandono, decorrendo da conduta do consorte, muitas vezes desregrada, ou pela falta de assistência ao lar, ou qualquer outro modo de conduta que implique rompimento da comunidade de vida. O juiz examinará as circunstâncias presentes em cada caso concreto, para que forme seu convencimento a respeito da ruptura da vida em comum pelo tempo determinado pela lei.

Doença mental grave - Para que essa causa esteja tipificada, reclama-se: a) que haja doença mental grave; b) posterior ao casamento; c) tornando a vida em comum impossível; d) com duração de cinco anos; e) de cura improvável.

Só admite a separação a doença mental grave, que tenha se manifestado após o casamento, mesmo que ela seja anterior, tornando impossível a vida em comum, após uma duração de cinco anos, e cuja cura seja improvável. A perícia é indispensável, embora o juiz não esteja adstrito ao laudo. Ponderamos, ainda, que se o cônjuge chega ao ponto de pedir a separação fundado nessa causa, evidente que o casamento faliu.

Causas para negar a separação - Temos aqui oportunidade, para o juiz, de emitir um juízo de valor, porque a Lei n. 6.515/77 permite que seja negada a separação fundada em ruptura da vida em comum e doença mental grave, quando: a) a

separação constituir em agravamento das condições pessoais do consorte; b) determinar conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores (art. 6º). Toda separação é perniciosa para a prole.

Os filhos são, em regra, as maiores ou únicas vítimas do descompasso dos pais. É possível, também, que ela traga problemas de excepcional gravidade para o outro cônjuge. Cumpre ao juiz, examinando as circunstâncias, e fundado em elementos concretos, negar a separação se concluir que essa será mais perniciosa do que a manutenção do casamento.



& 3 PROCEDIMENTO

Trata-se de ação que segue o rito ordinário (art. 282 do CPC), desaparecendo o privilégio do art.100, I, do CPC, que é inconciliável com a isonomia conjugal. A legitimidade ativa é do cônjuge e, na sua incapacidade, o feito será ajuizado pelo curador, ascendente ou irmão. Será designada audiência de conciliação (art.1º da Lei n. 968/49), que continua em vigor, não sendo incompatível com o art. 447 do CPC. O juiz buscará a reconciliação, ouvindo as partes e reunindo-se com elas e os advogados.

O pedido virá fundado em uma das causas estudadas anteriormente. O réu poderá contestar e reconvir. Se não houver reconvenção e o autor não conseguir provar os fatos que alega, mesmo que fique evidenciado que o autor foi quem incorreu em uma das causas, mesmo assim o pedido será julgado improcedente. Ao autor cumpre provar que o réu afrontou sua órbita de direitos, praticando alguns dos atos que a lei especial considera como causa para a separação. Na reconvenção, o cônjuge reconvinte procederá da mesma forma. O onus probandi repousa em quem alega.

São admitidos todos os meios legais e moralmente legítimos, mesmo não especificados pelo Código de Processo Civil. Um dos pontos controvertidos é a utilização de cartas, gravações magnéticas de ligações telefônicas, obtidas clandestinamente, por meio ilícito ou desleal. Há quem sustente que se deva decidir conforme as provas apresentadas, não cabendo aos juízes e aos tribunais investigar se foram bem ou mal adquiridas. Outra corrente, apoiada em reiteradas decisões dos tribunais franceses, sustenta que só se deve aceitar a

prova quando obtida por meios lícitos. Argumenta-se que mesmo a necessidade de evidência do adultério não se justifica a escuta clandestina. Há outros meios probatórios menos incompatibilizados com a intimidade de cada um.

Ap. civ. 87.067-3, TJMG, 3ª CC, rel. Des. Bady Curi: Sendo a separação litigiosa proposta pela mulher e não se demonstrando a culpa do marido, ao revés, comprovando-se, robustamente, o adultério da esposa, o não-ajuizamento da reconvenção, que impede a decretação da separação por culpa da autora, acarreta a manutenção da relação marital, ainda que configurada a insuportabilidade da vida em comum, pela improcedência do pedido inicial (J. B.176/177).



O art. 5º, LVI, da Constituição Federal estatui que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Como estamos examinando a prova no campo específico da separação judicial, entendemos que a prova não deverá ser admitida quando sua obtenção feriu direito individual ou fundamental da outra parte, ou foi gerada de forma injurídica.

## & 4 MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares poderão ser preparatórias ou incidentais, conforme venham antes ou no correr da ação de separação judicial (art. 796 do CPC). Entre eles estão: a separação de corpos (art. 223 do CC), que o diploma processual civil disciplina como afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal (art. 888, VI); alimentos provisionais (art. 852 do CPC); posse provisória dos filhos (art. 888, III, do CPC).

Separação de corpus - O art. 223 do Código Civil edita que antes de mover a ação de nulidade do casamento, de anulação, ou a de desquite, requererá o autor, com documentos que a autorize a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade. Em que pese a redação do dispositivo legal, dizendo que o autor requererá, cuida-se de faculdade assegurada ao interessado, não sendo condição de admissibilidade das ações matrimoniais. Trata-se de providência que a razão aconselha, pois é inegável que é perigoso manter o casal sob o mesmo teto até o desfecho da demanda. Há o constrangimento de um lado e, de outro, o risco de agressão física. Por essas razões o diploma civil dispôs, na

forma indicada, e a Lei n. 6.515/77, no

§ 1º do art. 7º, estatui que a separação de corpos é admitida como medida cautelar, reportando-se ao art. 796 do diploma processual civil. E a medida ganha em importância prática porque é dela que se produzirão os efeitos da sentença que julgar a separação judicial (art. 8" da Lei n.

6.515/77).

Se a separação de corpos já está consumada, mesmo assim o pedido se justifica, pois é a forma de se dar juridicidade à separação do casal. E pela sua própria natureza, tendo-se em vista a necessidade de acautelar interesses, deve ser deferida de plano. O juiz não se perderá no exame das causas da futura separação, bastando que haja casamento, porque a demora poderá criar situações irreparáveis. O que se observará é apenas o cumprimento dos requisitos legais (art.

801 do CPC).

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

Devemos observar que o art. 888, caput, do diploma processual civil estatui que o juiz poderá ordenar ou autorizar. Em outras palavras, ele pode determinar que um dos cônjuges se retire da morada do casal, ou autorizar que um deles se afaste. Como já foi encarecido, não se persegue apenas legalizar uma separação preexistente ou isentar o cônjuge do debitum conjugale. É instrumento para se evitar a volta do cônjuge que se ausentou, tornando insuportável a vida do outro e dos filhos. Seria injusto, por exemplo, impor à mulher e aos filhos a saída da morada do casal, quando é o marido, ébrio, violento e desidioso na assistência moral e material da família, o causador das agruras e sofrimentos.

A nosso ver o juiz examinará as circunstâncias que envolvem o caso concreto, podendo assegurar ao cônjuge sua retirada da morada do casal juntamente com os filhos - se a hipótese comportar a solução - ou determinar a retirada daquele cujo comportamento seja pernicioso.

Reclama-se cautela e exame criterioso, e, não restando provado fatos que justifiquem a medida, conceda-se a separação de corpos, que permitirá o afastamento do requerente.

É importante observar que se tem entendido ser possível manejar cautelar de separação de corpos para aqueles casos em que o casal não tem prazo legal para a separação judicial consensual, não se interessa pela via litigiosa, mas a vida em comum é insuportável. Tal entendimento não é pacífico na jurisprudência, havendo entendimento em contrário. Sabemos que é da separação de corpos que se produz os efeitos da sentença de separação judicial.

Estabelece-se, então, uma situação complexa. Os cônjuges não conseguem viver juntos, mas não podem simplesmente parar com sua atividade econômico-financeira, nem permanecerem imobilizados no tempo. Existe um aspecto humano e outro prático. Nossa legislação em matéria de família vem do século passado, e só agora, com a Constituição Federal de 1988 é que se tem o avanço mais expressivo. Temos dito que a reforma que se reclama nesse território não passa apenas pelo Direito Civil, mas envolve o Direito Processual Civil, também. É necessário armar o juiz de instrumentos para oferecer tutela mais

pronta, efetiva e conforme a realidade. Essa questão mais se avulta naqueles casos em que

se têm crianças envolvidas nos acontecimentos. Quanto a estas a separação 164 MARCO AURELIO S. VIANA

de corpos dos pais será forma de tutelar seus direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente. Tem-se entendido até mesmo que tais medidas têm caráter satisfativo, não conhecendo a sujeição ao prazo de trinta dias para ajuizamento da ação principal. Se não há previsão legal, a toda evidência que, existindo situação de fato, não é inconveniente que o juiz se valha da analogia, e tenha em mente os fins sociais e as exigências do bem comum. É importante observar que a analogia se põe, também, quando não existe nenhum dispositivo aplicável à espécie, nem sequer de modo indireto. Nesse último caso o trabalho do intérprete é mais complexo, porque reclama que se busque os princípios gerais não expressivos.

Em matéria de relações de família, e mais especificamente no que diz respeito à separação do casal, a preocupação é preservar a saúde mental e a integridade física dos cônjuges e da prole.

Quanto a esta prevalece sempre o bem do menor. Além disso a Lei do Divórcio é clara quando estabelece efeitos específicos à separação de corpos. Na interpretação do art. 126 do Código de Processo Civil, que se mantém fiel aos dizeres dos arts. 4º e 5º, ambos da Lei de Introdução ao Código Civil, o STJ traz julgado expressivo, que merece ser transcrito, pelo seu alcance e significado. Nele se lê: "A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil [...]. Se o juiz não pode tomar liberdades inadimissíveis com a lei, julgando contra legem, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum". Decidir praeter legem não significa contra legem. A nosso ver acolher separação de corpos para assegurar o casal sem condições de pedir separação consensual não é decidir contra lei, mas interpretá-la de forma humana, socialmente útil, atendendo à aspirações da Justiça, e segundo os princípios que informar a espécie no campo específico do Direito de Família.

Alimentos provisionais - É possível pedir alimentos provisionais com cunho preparatório ou incidental. O cônjuge deduz a pretensão para si e para a prole. Se

incapaz, o feito é ajuizado pelo curador, ascendente ou irmão (art. 3º, § 1º, da Lei, n. 6.515/77). Pedida como medida preparatória torna-se indispensável possibilidade de estabelecimento regular da ação principal, no sentido da existência das condições da ação. Não se trata de



sabermos os motivos ou fundamentos da ação principal, mas se concorrem as condições para estabelecimento regular da ação principal. Seu conteúdo abrange o necessário à manutenção do requerente (alimento, vestuário, cuidados de saúde, etc.) e o que for preciso à defesa judicial da pretensão do demandante e de seus interesses (custas, despesas com a produção de documentos e provas outras, honorários advocatícios, etc.). Na separação judicial litigiosa, o pedido poderá vir com caráter preparatório, ou seja, antes de ajuizar a ação, ou incidentalmente, vale dizer, na sua pendência. Neste último caso, ainda que a ação esteja no tribunal, a competência para decidir é dojuiz de primeiro grau de jurisdição (art. 853 do CPC). O processamento se faz em autos próprios, apenas aos autos da ação principal. A concessão dos provisionais inaudita altera parte é salutar, provada a existência do casamento e de prole. A concessão não é definitiva, ganhando esse perfil com a sentença exarada na separação judicial. Se o pedido é feito em caráter preparatório, a ação principal virá em trinta dias, contados da efetivação da medida, sob pena de perda de sua eficácia (arts. 806 e 808 do CPC). Considera-se efetiva a medida com o pagamento da primeira pensão pelo requerido. A petição inicial atenderá o que determina o art. 801 do Código de Processo Civil. Eles admitem revisão e são devidos até decisão final, inclusive julgamento do recurso especial. É mister observar que, quando os provisionais são transformados em definitivo, com a sentença, estes é que passam a ser devidos até o julgamento do recurso especial.

Esse o melhor entendimento, porque, na fixação dos alimentos definitivos, na sentença, o juiz já dispõe de elementos concretos de convicção, enquanto nos provisionais ele não conhece a mesma segurança.

A nosso ver correto o entendimento que se firma no sentido de que, tendo a mulher obtido alimentos provisionais, através de medida cautelar, o fato de vir sentença que favoreça o alimentante, na ação principal de separação judicial, não lhe subtrai o direito de executar as prestações vencidas. O fundamento dessa tese é que a característica de antecipação provisória da prestação jurisdicional,

somada à de irrepetibilidade dos alimentos garantem a eficácia plena da decisão concessiva dos alimentos provisionais. Do contrário, os devedores seriam incentivados ao descumprimento, aguardando o desfecho do processo principal.

Posse provisória dos filhos - A finalidade da medida é definir, provisoriamente, a posse dos filhos até que haja sentença na ação de separação judicial.

166 MARCO AURELIO S. VIANA

Prevalece, aqui, o interesse do menor, e não dos pais. O juiz examina o que é melhor para os filhos. Nesse sentido o direito português, porque, à falta de acordo, o tribunal decidirá em harmonia com o interesse do menor.

Se o bem do menor indicar que o melhor para os filhos é que fiquem com terceira pessoa, essa a solução a ser tomada.

Lembramos que outras medidas podem ser tomadas, como o arrolamento de bens, visando inventariar o patrimônio do casal, evitando que, no correr do processo, um dos separandos desvie bens de propriedade comum.

As medidas cautelares não são definitivas. Elas podem ser revistas. Os provisionais podem ser revistos, aumentados ou reduzidos; a posse provisória da prole é passível de mudança, apenas para citar algumas hipóteses.

& 5 SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL

A Lei n. 6.515/77 permite que os cônjuges dissolvam a sociedade conjugal mediante mútuo consentimento. Trata-se de negócio jurídico bilateral que depende da chancela do Judiciário, em que os cônjuges avençam as cláusulas e condições da separação, que ganha foro de legalidade e produz os efeitos de natureza pessoal e patrimonial. Reclama-se que o casamento tenha mais de dois anos. Legitimados são os cônjuges, não se aplicando o art. 3o, § 1º, da Lei n. 6.515/77, que permite representação por curador, ascendente ou irmão. A natureza do ato e suas conseqüências reclamam plena capacidade. O cunho eminentemente pessoal da decisão não se coaduna com a representação. O tráfico da vontade encontra amplo território de atuação, porque os consortes estabelecerão o que entenderem adequado a suas conveniências, no que diz respeito aos efeitos e com pertinência à prole. A intervenção do juiz limita-se à

busca da reconciliação e fiscalização dos interesses dos filhos e dos cônjuges, que devem estar suficientemente preservados. Não é sua atribuição perquerir a respeito das razões que levaram o casal à separação. O que caracteriza a separação consensual é justamente a desnecessidade de se declinar as causas que desaguaram na separação. Deve ser entendida em termos a letra da lei, quando diz que o juiz ouvirá os cônjuges sobre os

motivos da separação (art. 1.122 do CPC), para não se contrariar essa modalidade de dissolução, porque muitas vezes ela é a saída para não se caminhar para o litígio, pelas suas repercussões.

O acordo virá em petição escrita, assinada pelo casal e pelos advogados. Se os cônjuges não souberem ou não puderem escrever, a petição poderá ser assinada por outrem, a rogo. Se a petição for apresentada já assinada, as firmas deverão estar reconhecidas. Assim, se em decorrência de um acidente, por exemplo, o cônjuge estiver impossibilitado de assinar, realiza-se a hipótese legal. A solução não varia quando ele não sabe escrever. A inicial será instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial, se houver, e dela constará obrigatoriamente o seguinte: a) a descrição dos bens do casal e respectiva partilha; b) o acordo relativo à guarda dos filhos menores; c) o valor da contribuição para criar e educar os filhos; d) a pensão do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter. Mister duas observações: 1ª) se não houver acordo sobre a partilha dos bens, basta que eles sejam relacionados, processando-se àqueles após a homologação, nos termos das normas relativas ao inventário, contidas no Código de Processo Civil; 2ª) a referência feita à pensão alimentícia do marido à mulher não significa que não se possa dar o contrário.

Recebida a petição, será designada audiência de conciliação, depois de se constatar que os requisitos legais foram atendidos (arts. 1.120 e 1.121 do CPC). Se a petição não contiver as assinaturas dos cônjuges, estas deverão ser lançadas em presença do juiz, em audiência, constando o fato da ata, sob pena de nulidade do processo.4' O juiz buscará a reconciliação.

Frustrada esta e concluindo que a deliberação é livre e sem hesitações, reduz-se a termo as declarações, ouve-se o Ministério Público e homologa-se a separação. Em havendo hesitação, designa-se nova audiência, com quinze dias de intervalo para que o casal volte e ratifique o pedido, ensejando-se tempo para reflexão. A ausência de qualquer um dos cônjuges, ou se não ratificar o pedido, leva ao arquivamento do processo. Após a ratificação só por vício processual pode ser atacada a separação.

O juiz poderá recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. Isso significa que o magistrado examinará se a guarda está sendo entregue a quem dispõe de meios e 168 MARCO AURELIO S. VIANA

condições para o encargo; se a pensão estipulada para manutenção da prole é suficiente. Em relação aos cônjuges é perquirir se o beneficiado terá meios de subsistência.

Não há mais foro especial, que é incompatível com a isonomia conjugal.

O juiz pode deixar de homologar a separação, se manifesta e grave a inconveniência aos interesses de um dos cônjuges, mas não fica dispensado de fundamentar o ato. E sua atuação se faz até mesmo após a assinatura do termo de ratificação, porque, nesse particular, a lei não distingue. Já se decidiu, também, que são imutáveis as cláusulas ratificadas, por força do dispositivo legal citado, porque ele permite ao julgador adentrar o mérito do acordo, visando preservar os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, o que permite, ao Juiz, homologar parcialmente a separação,

não fazendo sentido inutilizar aquilo que foi elaborado de acordo com a lei e a vontade consciente das partes. É importante notar, ainda, que não se admite retratação unilateral, após a ratificação, só se admitindo alteração em ação própria.

& 6 EFEITOS

Os efeitos da separação judicial são de natureza patrimonial e pessoal.

Na separação consensual, o juiz homologa o acordo celebrado entre os cônjuges, desde que tenham sido observadas as formalidades legais e estejam suficientemente preservados os interesses dos filhos e dos cônjuges (art. 34, § 2º, da Lei n. 6.515/77). Na separação litigiosa, a atuação do juiz é mais intensa, porque a dissolução dependerá da formação do seu convencimento quanto à existência de uma das causas que admitem o remédio legal; definirá a respeito da partilha dos bens; regulamentará a guarda da prole, direito de visita e manutenção; fixará os alimentos devidos entre os cônjuges; disporá sobre o uso

do nome pela mulher e a separação de corpos.

CURSO OE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

# 169

A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens (art. 3o da Lei n. 6.515/77).

A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à da decisão que concedeu a separação cautelar (art. 8º da Lei n. 6.515/77).

Efeitos pessoais em relação aos cônjuges - Os efeitos pessoais são os seguintes: a) encontra termo os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e o regime de bens; b) estando separados, não podem contrair novas núpcias, porque há impedimento matrimonial (art.183 do CC1); c) a separação judicial constitui pressuposto para a obtenção do divórcio, decorridos mais de um ano, contados da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 25 da Lei n. 6.515/77; d) na sociedade brasileira é comum a mulher assumir os apelidos do marido. Não se trata de obrigação ou dever, mas faculdade. Na Iugoslávia, por exemplo, qualquer um dos cônjuges pode usar o nome de família do outro (art. 7º da Lei Fundamental sobre Casamento). Na separação judicial, os cônjuges definem livremente a respeito do uso do nome pela mulher. Na separação litigiosa, a solução vem consignada em lei (arts. 17 e 18 da Lei n. 6.5 I 5/77), nos seguintes termos: a) perde o direito de uso do nome a mulher vencida em separação litigiosa fundada em conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento; b) perde, também, se tem a iniciativa da separação com base em doença mental grave e ruptura da vida em comum. Se vencedora em ação estribada em conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, pode renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome, mediante pedido ao juiz que decretou a separação voltando ao nome de solteira.

Efeitos patrimoniais em relação aos cônjuges - O patrimônio comum é partilhado, e cada um passa a exercer a titularidade sobre os bens que lhe tocaram. Para ciência de terceiros, a sentença condenatória ou homologatória será averbada no livro de registro de casamento. O formal de partilha, extraído dos autos da ação, é levado ao registro imobiliário. Se a separação judicial implicar prejuízo moral ou material para o ex-cônjuge inocente, poderá pedir perdas e danos.

Revertem-se ao cônjuge que não houver pedido a separação os remanescentes dos bens que levou para o casamento, quando a causa for doença mental grave ou ruptura da vida em comum (art. 5º, § 3º, Lei n. 6.515/77). Suprime-se o direito sucessório entre eles. São devidos alimentos, na forma que examinaremos.

170 MARCO AURELIO S. VIANA

É possível que antes da separação judicial os cônjuges estivessem separados de fato, mas sem a cobertura de separação de corpos. Sabemos que, em havendo aquela medida cautelar, os efeitos da sentença exarada nos autos da ação de separação judicial, retroagem à decisão que houver concedido a cautelar. Mas como proceder na sua falta, quando, durante a separação de fato, um dos cônjuges, ou ambos, dando continuidade a suas vidas, constituem patrimônio? A nosso ver a melhor orientação está com aqueles que entendem que os bens havidos no período de separação de fato não se comunicam, porque não foram adquiridos na constância do casamento, porque esta pressupõe a convivência matrimonial. Esse entendimento não é pacífico, havendo pensamento em sentido contrário, partindo de interpretação eminentemente literal da Lei do Divórcio. A nosso ver a interpretação não pode levar a injustiças, especialmente no território do Direito de Família. Se há uma situação de fato caracterizada, indicando que o casal já está separado, que não mais vivem sob o mesmo teto, como se falar em aquisição na constância do casamento?

Alimentos - Os alimentos entre os ex-cônjuges são um prolongamento do dever de assistência, sem caráter recíproco, porque o devedor, em hipótese alguma, poderá tornar-se credor, pois responde por uma pena. A reciprocidade, existente quando da vigência da sociedade conjugal, desaparece. Assim, inexiste obrigação alimentar típica entre eles. O art. 19 da Lei n. 6.515/77

estatui que os alimentos são devidos pelo cônjuge responsável pela separação. Ele prestará alimentos ao outro se ele necessitar. Podemos traçar o seguinte quadro: a) na separação fundada em conduta desonrosa e violação dos deveres do casamento (separação judicial como sanção), a responsabilidade é do consorte que praticou o ato tipificador de uma dessas causas. Ele responde pela violação de um dever; b) na separação pedida com base em doença mental grave (separação judicial como remédio), os alimentos são prestados por aquele que teve a iniciativa do pedido. Ele falta com o dever de assistência, fere o equilíbrio

social, trazendo sério problema de ordem pessoal para o doente; c) na separação apoiada em ruptura da vida em comum (separação judicial como falência), deve alimento o cônjuge que provocou a ruptura da vida CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 171

em comum. Na fixação da pensão deve-se ter em mente o estado de miserabilidade do credor, a condição econômico-financeira do devedor, sendo os alimentos proporcionais às necessidades do credor e aos recursos do devedor. Deve ser ressaltado que os alimentos não são fonte de ócio, não dispensam o beneficiado de buscar emprego, sendo lamentável que muitas pessoas passem a ter a condição de separados, pelo resto de suas vidas, dispensados que são de buscar uma atividade. O Código de Família da antiga República Theca trazia dispositivo que impunha o pagamento por um prazo máximo de cinco anos, contado do divórcio, e só excepcionalmente serão renovados ou tornados definitivos (art. 93). Entendemos que deve haver maior rigor nesse ponto. Ponderamos, por derradeiro, que a melhoria que o marido obteve após a separação sem a colaboração da ex-mulher não pode refletir na pensão. A mulher separada de um tenente não pode pretender fração do seu vencimento de general. O credor é titular tão-somente ao direito de reajustamento periódico em função da perda do poder aquisitivo da moeda. E nesse particular o juiz deve examinar as circunstâncias, e se concluir que o credor não trabalha por comodismo, que está assumindo sua condição de separado, será salutar que evite reajustamento que irá estimular a ociosidade.

Na separação judicial consensual os cônjuges estabelecem as condições que melhor lhes aprouver. Nada há que impeça a renúncia aos alimentos, ou sua dispensa. Na primeira hipótese aquele que renunciou não poderá mais pedir alimentos; na segunda isso é possível.

Proteção d a prole - A separação de um casal reflete significativamente nos filhos. Eles são as maiores vítimas dos equívocos dos pais. Temos um dos pontos mais delicados nesse universo. É

necessário definir o direito de guarda, o direito de visita e os alimentos.

Da guarda - O art. 326 do Código Civil traçava a seguinte rota: os filhos menores seriam entregues ao cônjuge inocente, e, se ambos fossem culpados, as filhas e os filhos varões ficariam sob a guarda da mãe, sendo que os últimos até que

atingissem sete anos. A Lei n. 4.121/62

alterou a segunda regra, dispondo que os filhos menores seriam entregues à mãe, se ambos fossem culpados, facultando outra decisão ao juiz, se concluísse que haveria prejuízos morais para os menores. E, ampliando o que estava no Decreto-Lei n. 9.701/46, autorizou o juiz, caso os pais não reunissem



condições de ter a guarda dos filhos menores, deferi-la à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer um dos cônjuges, mesmo que não mantivessem relações sociais com o outro, assegurando-se o direito de visita. A Lei n. 6.515/77 traçou o caminho que deverá ser atendido, tendo em vista sempre o bem do menor. Se a separação é consensual, o juiz homologará o que os cônjuges houverem decidido, se conveniente aos interesses do menor e dos maiores inválidos. Se não estiverem preservados, poderá negar a separação (art. 34, § 2º).

Se o litígio se instala, observa-se o seguinte: a) se a causa é a conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, a guarda é entregue ao inocente (art. 5º, caput). Se ambos forem culpados, os filhos ficam com a mãe,

salvo se o juiz verificar que a solução trará prejuízos de ordem moral para a prole. Se restar provado que os pais não reúnem condições para o encargo, ele será deferido à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos consortes; b) se o motivo é a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos (art. 5º, § 1º), a prole fica com aquele que a tinha em sua companhia. A solução se coaduna com a regra que assegura o pátrio poder aos pais, e que, com a igualdade jurídica, é exercido em pé de igualdade; c) se a separação vem apoiada em doença mental grave (art. 5º, § 2º), os filhos são entregues ao cônjuge que reunir melhores condições para assumir o encargo.

Devemos assinalar que em matéria de tutela de menor a idéia mestra é a prevalência do seu direito fundamental de atingir a idade adulta cercado de cuidados e garantias materiais e morais adequadas. A Constituição Federal de 1988 evidencia esse ponto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina. Por isso, em que pese a orientação imprimida pela Lei n. 6.515/77, o juiz poderá sempre tomar outro caminho se entender, com argumentos e

evidências concretas, que o bem do menor recomenda a solução que eleger. Cada caso é um caso, e assim merece ser considerado. Por isso a guarda dos filhos não é inflexível, prevalecendo sempre os interesses do menor, de forma a minimizar as conseqüências da separação dos pais, no que afeta a felicidade da prole. Assim, o direito de guarda admite revisão, sempre que restar provado lesão ao bem do menor. Não há coisa julgada. Neste caso até mesmo um terceiro poderá ter a guarda. Nem mesmo a condição de mãe é o bastante, por si só, para autorizar a revisão. Há julgado em que manteve-se a guarda com os tios que criavam a criança como verdadeiros pais.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

Em matéria de proteção do menor, o escopo decisivo é o seu interesse, que paira soberano e a lei preserva e garante. As prerrogativas dos pais, tutores, guardiães sofrem todas as limitações que se revelam necessárias à preservação do bem do menor.ó3 Nessa linha a jurisprudência estabeleceu alguns princípios que merecem ser anotados: a) mesmo sendo culpada, a guarda e posse das filhas menores deve ser deferida à mãe, se contra ela não pesa nenhuma falta moral superveniente à sentença (TJRS, Ap. 8.537); b) embora inocente, o cônjuge pode perder a guarda, como se dá quando o varão não tem condições de os ter sob sua guarda, e, no interesse dos menores, devem ser confiados à genitora, sobretudo se não se constata seja mulher indigna ou inidônea (TJRS, Ap. 23.160); a guarda dos menores admite revisão a qualquer tempo (TJMG, Ap.

56.198).

Evidencia-se, sem esforço, que, em se tratando de guarda, o juiz decidirá segundo as necessidades e interesses da prole, que sobrepõe-se ao que os pais pretendem.

Direito de visita - O art. 15 da Lei n. 6.515/77 assegura aos pais, em cuja guarda não estejam os filhos, o direito de visitá-los. Define-se a guarda e disciplina-se o direito de visita.

A supressão do direito de visita é tido por alguns como inviável, não sendo possível negá-lo, ainda que o procedimento do pai ou da mãe seja condenável. Pensamos de forma diferente, embora reconheçamos que a

orientação legal seja no sentido de se assegurar a visita. Entendemos que paira soberano o bem do menor. Se o contato com os pais se afigura como elemento que comprometa o desenvolvimento integral do menor, direito constitucionalmente assegurado, a supressão do direito de visita é perfeitamente justificável e deve ser deferida.

A regulamentação do direito de visita não conhece regras fixas. O juiz deverá tomar precauções, buscando, na medida do possível, contornar as dificuldades que o caso apresentado possa suscitar. Na separação litigiosa surgem sempre

empecilhos, criados pelo pai ou pela mãe, fruto da desavença entre eles, que acabam por dificultar o exercício desse direito. Não raro cria-se embaraço para a criança sair em companhia do titular do direito de visita, de passar período de férias em sua companhia. No que diz respeito a viagens ao exterior, e mesmo as de caráter doméstico, que

implicam supressão, temporariamente, do direito de visita, ou sua suspensão,


indispensável a anuência do outro genitor, ficando ressalvado ao juiz permiti-las, se motivos especiais justificarem a solução.

Compete aos pais, mesmo àqueles que não os têm sob sua guarda, o dever de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos.

Alimentos - Os cônjuges separados judicialmente devem contribuir para a manutenção dos filhos, na proporção dos seus rendimentos (art. 20 da Lei n. 6.515/77). Trata-se de dever jurídico e não de obrigação alimentar típica. Estamos no âmbito dos deveres dos pais para com os filhos. Os alimentos visam assegurar as condições mínimas de vida

para o menor ou o inválido, permitindo que ele tenha alimentação, saúde, educação, lazer, transporte, vestuário, obviamente segundo os recursos dos pais. A contribuição está na razão direta da situação econômico-financeira dos pais. Isso implica dizer que cada um deles participará segundo suas possibilidades. Aquele que dispuser de melhores condições dará contribuição maior.

E se o menor é titular de recursos que lhe assegurem a subsistência? Persiste o dever de pensioná-lo? Há quem sustente que a obrigação de alimentar independe da fortuna da criança, porque os alimentos têm duplo aspecto, não sendo possível separá-los, porque o encargo pessoal subsistirá, mesmo que o pecuniário seja suprimido. A nosso ver o dever de manutenção da prole não pode ser suprimido, mas, se o menor ou inválido dispõe de recursos, esse ponto não deve ser esquecido pelo juiz. O quantum da pensão levará em

consideração esse ponto, o que admite, até, sua supressão. O fim dos alimentos é justamente a manutenção dos filhos menores e inválidos. Se eles contam com recursos que atendem a esse fim, compreensível que o dever dos pais seja

mitigado. O valor da pensão não é invariável. Se houver alteração na fortuna do devedor, haverá lugar para a revisão.

Esta não se confunde com o reajustamento, em que se tem uma majoração da pensão com base nas alterações sofridas pela moeda, que se avilta. Normalmente, na sentença, o juiz fixa o índice de correção, e, se consensual, os próprios pais deliberam nesse sentido. Na revisão o que se persegue é uma alteração quantitativa dos alimentos, por força de modificação na situação financeira das partes. Tanto os pais como os filhos são titulares da pretensão à revisão, visando aumentá-la ou diminuí-la, segundo as mudanças na fortuna. A revisão se faz na forma da Lei n. 5.478/68.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

# 175

& 7 SENTENÇA

A sentença pronunciada na separação judicial não produz coisa julgada absoluta. Ela põe fim à sociedade conjugal, define os alimentos, a guarda dos filhos menores e inválidos, o direito de visita, etc. Se o pedido for denegado por um fundamento, nada impede o ajuizamento de nova ação, se surgir nova causa, ou a causa se repetir, sem que se possa argüir exceção de coisa julgada. Os alimentos, o direito de visita, a guarda, são questões que ficam abertas, admitindo modificação a qualquer tempo se houver motivo para tanto.

Em regra, os efeitos da sentença fluem do trânsito em julgado. Ocorre que, no território da separação judicial, seus efeitos podem retroagir à decisão que tiver concedido separação cautelar (art. 8º da Lei n. 6.517/77). Entre os efeitos que decorrem do trânsito em julgado está a alteração do nome do cônjuge, a averbação da separação, a partilha dos bens, alimentos definitivos e guarda dos filhos.

& 8 RECONCILIAÇÃO

Os ex-cônjuges estão legitimados a restabelecer a sociedade conjugal a qualquer tempo, independentemente da causa da separação (art. 46 da Lei n. 6.515/77).

Na reconciliação concorrem dois elementos: a) material, caracterizado pelo restabelecimento da vida em comum: b) psicológico, elemento intencional, que se corporifica pela manifestação de vontade expressa dos cônjuges. Ao contrário do que se admite no direito francês, não há vontade tácita. Os cônjuges ficam vinculados a requerimento, vale dizer, pedido escrito, manifestado perante o juiz da ação de separação. O restabelecimento da sociedade conjugal se faz com o mesmo regime de bens, que é imutável, evitando-se fraudes. Ela tem lugar a qualquer tempo e será averbada no Registro Civil, com as mesmas indicações e efeitos (Lei dos Registros Públicos, art. 102). A reconciliação não prejudica direitos de terceiros, adquiridos antes e durante a separação, seja qual for o regime de bens (art. 46, parágrafo único, da Lei n. 6.515/77).

Capítulo 12 - DIVÓRCIO

Sumário

1 Noções introdutórias

2 Conversão da separação judicial em divórcio

3 Divórcio direto

4 Causas para negar o divórcio

# 5 Efeitos

## & 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O casamento civil foi instituído pelo Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, e era considerado indissolúvel. A orientação manteve-se por muitos anos, chegando mesmo a se colocar a matéria em texto constitucional, a partir de 1934. Desenvolveu-se longo debate em torno do tema, que sempre mereceu oposição da Igreja Católica. Sustentando que o casamento é um sacramento que implica união indissolúvel, compreensível que tenha adotado essa posição. Ocorre que o Direito visa à disciplina das relações entre seres imperfeitos, não sendo sua atribuição levar o ser

humano à santidade. Além disso, outras correntes religiosas não vêem o casamento sob essa ótica. E sob esse último ponto de vista, compreensível que seja introduzido na legislação, como efetivamente se deu. A Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, rompeu com a tradição e admitiu a dissolução do casamento, permitindo a introdução do divórcio. A Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulamentou o divórcio. A Lei n. 7.84 I, de 17 de outubro de 1989, deu nova redação a dispositivos da Lei do Divórcio, adaptando-a à Constituição Federal de 1988, que admite

a dissolução do casamento civil pelo divórcio, após prévia separação judicial por um ano, nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos (art. 226, § 6º).

Houve redução dos prazos anteriores, que eram de três e cinco anos, respectivamente.

O divórcio será concedido em duas hipóteses: a) mediante conversão da separação judicial existente há mais de um ano (art. 25 da Lei n. 6.515/77); b) por divórcio direto, quando houver separação de fato que tenha completado dois anos consecutivos (art. 40 da Lei n. 6.515/77, com a redação da Lei n. 7.841/89.)

## & 2 CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO

O divórcio por conversão encontra sua sede no art. 25 da Lei do Divórcio. A

Constituição Federal de I988 reduziu o prazo, que era de



três anos, para um ano. O dispositivo legal citado estatui que a contagem do prazo de um ano se faz da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente, reportando-se ao art. 8º da Lei especial. O art. 44 da Lei em estudo alarga o alcance dos arts. 8º e 25, porque edita que o prazo da separação pode ser contado a partir da data em que, por decisão judicial proferida em qualquer processo, mesmo nos de jurisdição voluntária, for determinada ou presumida a separação dos cônjuges. Abre-se, assim, ensejo a interpretação mais favorável, porque a decisão não precisa determinar ou dispor explicitamente a respeito da separação. Esta pode ser presumida. Por exemplo: ajuizada ação de alimentos e julgada procedente, presume-se a separação do casal, porque, de ordinário, o ajuizamento se dá porque houve abandono do lar pelo devedor. Para que o divórcio seja obtido é bastante que um dos ex-cônjuges provoque o Judiciário, em petição escrita, observado o transcurso do prazo legal.

Parte legítima é o ex-cônjuge, e, em caso de incapacidade, será representado por curador, ascendente ou irmão. O pedido processa-se em apenso aos autos da separação judicial. Se os autos estiverem extraviados ou se encontrarem em outra circunscrição judiciária, basta instruir o pedido com a certidão da sentença ou de sua averbação no assento do casamento. O outro ex-cônjuge é citado para contestar, podendo alegar uma das matérias enumeradas no art. 36, parágrafo único, I e II: a) falta de decurso de 1 ano da separação judicial; b) descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente da separação. Negado o divórcio, por uma das razões apontadas, o interessado não fica inibido, podendo requerê-lo, novamente, atendidas as formalidades legais. Indispensável a intervenção do Ministério Público, como de resto em todas as modalidades de divórcio, sob pena de nulidade do processo. Não se cogita mais de foro especial em benefício da mulher, o que é incompatível com a isonomia conjugal. O

pedido de conversão poderá ser formulado em conjunto pelos ex-cônjuges. A petição será assinada por eles e por advogado, trazendo as firmas dos postulantes reconhecidas. Se não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outra pessoa assine a rogo deles. Não é necessária audiência de ratificação.

& 3 DIVÓRCIO DIRETO

O divórcio direto pode ser litigioso ou consensual.

O divórcio direto litigioso tem por fundamento a separação de fato por mais de dois anos. A Lei Maior, no art. 226, § 6o, reduziu o prazo de cinco para dois anos. Não se perquire a respeito da causa, bastando o decurso do prazo de um ano, entendimento que defendemos na 1ª edição apoiado na redação emprestada pela Lei n. 7.841/89 ao art. 40 da Lei do Divórcio.; A única causa é o lapso de tempo. Mas o art. 40 não se contenta apenas com o decurso do prazo que assinala.

Reclama mais: estatui que o prazo deve ser consecutivo. É importante estabelecermos o alcance da exigência legal.

O vocábulo consecutivo deve ser entendido em termos tais que o encontro, seja eventual, ou deliberado, dos cônjuges - desde que as circunstâncias de fato não permitam concluir pelo reatamento das relações ou restabelecimento, ainda que temporário, da vida comum - não quebra a continuidade da separação.

O divórcio direto processa-se pelo rito ordinário. Ao autor cumpre apenas provar o decurso do lapso de tempo, não havendo exigência de se declinar a causa, como já esclarecido. A toda evidência deverá provar o termo inicial da separação de fato para que se possa aferir se os dois anos foram alcançados. As provas são as mesmas admitidas para a separação judicial. A sentença disporá a respeito dos alimentos, guarda dos filhos menores e inválidos, direito de visita e partilha dos bens, assim como a respeito do uso do nome da mulher.

Admitiu-se a possibilidade de reconvenção, cujo único fim será provar que a sociedade conjugal se desfez por culpa de um dos cônjuges. Argumentou-se que quando não quis admiti-lo a lei dispôs expressamente a respeito, no art. 36.5

Se for eleito o divórcio consensual será observado o que dispõe o § 2º do art. 40 da Lei especial, que manda aplicar o procedimento previsto no Código de Processo Civil para a separação consensual (art. 1.120 a 1.124). Serão atendidos os seguintes requisitos: a) a petição conterá a

indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente; b) a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dele necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida; c) se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio, que será obrigatoriamente realizada; d) a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença de divórcio. Aplica-se o art. 34, § 2º. Não há mais foro especial em favor da mulher, pois, como esclarecemos, trata-se de privilégio incompatível com a igualdade jurídica dos cônjuges.

& 4 CAUSAS PARA NEGAR O DIVÓRCIO

A Lei n. 6.515/77 especifica algumas causas que determinam seja negado o divórcio.

No divórcio por conversão o réu poderá contestar, alegando que não houve decurso do prazo legal, observado o que ficou dito, anteriormente, a respeito da contagem do lapso de tempo exigido por Lei. Pode, ainda, sustentar que o autor não tem cumprido com as obrigações assumidas na separação judicial. Nessa linha é possível que o réu alegue que não tem recebido os alimentos. O

autor trará aos autos a prova do pagamento, porque se trata de extinção de obrigação, cabendo a quem o alega a sua prova. O devedor deve comprovar sua liberação, exibindo a quitação regular da obrigação assumida. Se o pagamento é feito mediante depósito em conta bancária ou desconto em folha, a prova é simples. Mas se é feito diretamente pelo réu, indispensável que exiba a quitação passada pelo credor.

Em se cuidando de obrigação de outra natureza, como se dá com o pagamento de despesas médicas ou hospitalares, com dentista ou constituição de ônus real ou garantia fidejussória, negando o cumprimento, o autor exibirá os comprovantes, ou o instrumento público respectivo, devidamente registrado, ou aquele que prove a existência da fiança. No caso específico de cumprimento de obrigação alimentar o Juiz deve ter muita cautela e aferir se existe, realmente, dívida alimentícia. Se o que se tem é controvérsia a respeito do valor efetivamente pago, devem as partes discutir a questão pelas vias ordinárias. O mesmo se diga quanto à existência de retardamento esporádico.

# CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

Se o réu não contesta, estabelece-se a presunção de cumprimento e o pedido será acolhido. A nosso ver, contudo, se há obrigação para com menores ou maiores inválidos, mesmo no silêncio do réu, deve ser exigida a prova respectiva, como forma de resguardar adequadamente o bem do menor e do inválido, que não são ouvidos no processo.

Presente uma das causas indicadas o Juiz negará o divórcio.

No divórcio consensual, por analogia com o art. 34, § 2º, da Lei do Divórcio, é mister que sejam preservados suficientemente os interesses dos filhos ou dos cônjuges. Se isso não ocorrer o pedido será negado. A partilha deverá ser processada, devendo resultar da vontade das partes, ou fazendo-a segundo as normas processuais relativas ao inventário. Isso tem sido admitido em relação à separação judicial consensual, não havendo óbice a que se proceda da mesma forma, no divórcio consensual.

Não se decretará o divórcio por conversão se não houver sentença definitiva da separação judicial, ou se esta não houver decidido sobre a partilha dos bens (art. 31 ). Cuida-se, como se vê, de conversão da separação judicial em divórcio. Como se trata de conversão, a sentença é indispensável. Quanto à partilha, se não tiver havido, a decisão sobre a conversão disporá a respeito (art. 43). Nem mesmo a sobrepartilha poderá ser obstáculo para a conversão. Isso implicaria incluí-la como causa para negar o divórcio, o que não está na Lei especial.4 Se há necessidade de sobrepartilha, ou se a parte pretende a desconstituição da partilha regularmente homologada, deve lançar mão da via adequada.

No divórcio litigioso não incide a norma do art. 31 da Lei especial, ou seja, não se reclama a partilha, que poderá vir na fase de execução.

& 5 EFEITOS

O divórcio dissolve o casamento civil válido e enseja novo matrimônio, produzindo efeitos de duas ordens: a) pessoais; b) patrimoniais.

Desaparecem os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e mútua assistência.

judicial fundada na ruptura da vida em comum e doença mental grave é que o dever de assistência persiste (art. 26).

Se o divórcio se faz por conversão de separação judicial, na forma da lei, os efeitos já se encontram delimitados, no que tange à partilha dos bens, guarda e educação dos filhos, direito de visita, alimentos. Se não houve partilha, o divórcio disporá a seu respeito, como encarecido.

No divórcio por conversão não há espaço para qualquer discussão a não ser com pertinência ao atendimento das formalidades legais, ou a ocorrência de causas para negar o divórcio.

Polêmica a respeito de condições estabelecidas para a separação é estranha aos limites do processo de conversão, cujo elenco se resume aos casos já estudados, ou seja, lapso de tempo e descumprimento das obrigações avençadas na separação judicial.

Assim, por exemplo, não é o momento para a mulher pedir alimentos, se na separação judicial abriu mão deles ou para reclamar bens sonegados, ou atacar a partilha. Tais matérias devem vir em ações próprias e não inibem o acolhimento do pedido de conversão.

Na sentença de conversão, que nada disporá a respeito de causa, virá determinação para que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de se casar. Só se admitirá que conserve o nome do ex-marido se a alteração acarretar: a) evidente prejuízo para sua identificação. O nome está vinculado à atividade comercial ou industrial da mulher, por exemplo; b) manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida.

Tutela-se a prole, também, porque muitas vezes o fato leva a discriminações, especialmente em escolas; c) dano grave reconhecido em decisão judicial.

No divórcio consensual o juiz homologa o que os cônjuges houverem avençado, cuidando-se de negócio jurídico bilateral, cujos efeitos dependem da chancela do Judiciário para produzir efeitos. Observa-se a presença dos requisitos legais e a

ocorrência de causas para negar o divórcio. Ratificada a partilha não é possível arrependimento unilateral.

No divórcio litigioso o juiz disporá a respeito de todos os pontos que examinamos na separação judicial litigiosa.

A sentença produz seus efeitos após registrada no Registro Público competente.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 185

Se um dos cônjuges vem a contrair novo matrimônio, os direitos e deveres em relação aos filhos menores e inválidos continuam inalterados. Admite-se a revisão dos alimentos e da guarda.

O novo casamento do divorciado não extingue sua obrigação com o ex-cônjuge.

O restabelecimento da sociedade conjugal somente mediante novo casamento.

Capítulo 13 - DO CONCUBINATO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Sumário

1 Breve histórico

2 O Código Civil e a legislação extravagante

3 A jurisprudência

4 A Constituição Federal de 1988

5 Conceito

# 6 O direito positivo

& 1 BREVE HISTÓRICO

Historicamente falando, a união não-matrimonial é uma realidade presente desde os tempos mais remotos. Ela surge como relação paralela à oficial, ou é o retrato da devassidão, ligando o nome da mulher à prostituição, à mulher devassa ou à que se deitava com vários homens, ou mesmo a amante, a outra.

Foi conhecida dos hebreus. Em Roma era admitida a união entre homem e mulher solteiros, numa comunidade de vida, até como forma de união entre patrícios e plebeus, já que entre estes não se permitia o matrimônio. Havia uma comunidade de vida, mas a mulher não gozava da posição da mulher legitimamente ligada ao homem. Os abusos a que levou o desregramento de costumes determinaram a necessidade de tutela mais efetiva e rígida nesse território, determinando a edição de leis específicas. Não ficou à margem da lei, embora, no Baixo Império fosse tido como

casamento inferior.

Mereceu combate constante da Igreja, o que se afirma com maior veemência com o Concílio de Toledo (ano de 400); Basiléia (ano de 431 ); de Latrão (ano de 1516); e de Trento. Repudiado pela Igreja de iure divino, mereceu aceitação dos juristas de iure civile.

Com a institucionalização do matrimônio, no Século XVI, é manifesta a tendência para legislar sobre a matéria.

A partir da primeira metade do Século XIX, já na idade contemporânea, é possível sentir mais acentuadamente a preocupação da legislação com esse tipo de relação. Os tribunais franceses são chamados a examinar pretensões fundadas em relações concubinárias. O critério da

"sociedade de fato" merece consagração pela Corte de Paris, em julgado datado de 1872. Já o Tribunal de Rennes, em 1883, assegurava retribuição por

serviços prestados. E é na França que surge a primeira lei a respeito do assunto, em 16 de novembro de 1912, que admitia que o concubinato notório gerava o reconhecimento de paternidade ilegítima.

Examinando o plano internacional constatamos que, em Portugal, a denominada "união de fato" não é considerada uma relação familiar. Admite-se alguns efeitos, mas não se tem uma regulamentação semelhante ao casamento. Ela gera certos efeitos, entre eles: a presunção de paternidade, o direito aos alimentos, sobre a herança do falecido, e as dívidas para atender encargos do casal se comunicam.

Na Escócia admite-se o casamento irregular, sem formalidades ou registros, desde que haja coabitação, com hábito e reputação.

O direito italiano não lhe dispensa tratamento legal. Na doutrina há teoria que sustenta ter a família de fato seu embasamento na Constituição, porque esta protege todas as formações sociais, estando incluída a sociedade de fato.

A jurisprudência e a doutrina em França lhe reservam abordagem esquemática, em que pese inexistir legislação a respeito.

& 2 O CÓDIGO CIVIL E A LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

O legislador francês não fez referência ao concubinato. Mas o diploma civil pátrio deixou claro sua oposição a ele, no interesse da família legítima. O art. 1.177 proíbe doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice; o art. 248, IV, legitima a mulher casada para reivindicar os bens comuns móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à

concubina, legitimidade que alcança os herdeiros necessários (art. 178, § 7º, VI). Mas, se a liberalidade envolver dinheiro, com o qual a concubina adquiriu bem imóvel, só o numerário pode ser reclamado e não a coisa adquirida com ele; o art. 1.474 proíbe a instituição de concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida. A proibição desaparece se o amante não for casado ou separado de fato; o art. 1.719 impede que a concubina seja nomeada herdeira ou legatária do testador casado, ou concubino de testadora casada. A proibição desaparece se o testador for solteiro, viúvo ou separado.

# CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

# 191

Coube ao Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, a iniciativa de reconhecer efeitos ao concubinato, permitindo o reconhecimento dos filhos naturais após o desquite. Posteriormente, a Lei n. 883, de 24 de outubro de 1949, ampliou os casos de reconhecimento, permitindo-o em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal. A Lei n. 6.515/77, no art. 51, estatuiu o reconhecimento durante a vigência da sociedade conjugal, desde que se fizesse por intermédio de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

A Constituição Federal pôs fim a todas as restrições, permitindo que se pugne pelo reconhecimento da paternidade a qualquer tempo, afastando as restrições anteriores que, em atenção ao casamento, sacrificavam os filhos (art. 227, § 5º). A concubina pode usar o nome do companheiro, se viverem em comum por cinco anos no mínimo, ou houver filhos dessa união (art.

57 e parágrafos da Lei n. 6.015/73), desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. No âmbito previdenciário são assegurados à companheira mantida pela vítima os mesmos direitos do cônjuge legítimo, caso este não exista, ou não tiver direito ao benefício, desde que haja sido declarada como beneficiária na carteira profissional, no registro de empregados, ou em qualquer outro ato solene de declaração de vontade do acidentado. A jurisprudência do Conselho Regional de Previdência Social tem ampliado o alcance da norma, permitindo que a companheira, mesmo quando não inscrita como beneficiária, receba pensão e concorra com os filhos menores do seu concubino, a menos que este determine o contrário. A jurisprudência tem reconhecido o direito à indenização pela morte do companheiro em acidente do trabalho, em detrimento do cônjuge legítimo do acidentado, que se achava separado, desde que culpado pela separação. A concubina é beneficiária de pensão deixada por servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viúvo, que não tenha filhos capazes de receber o benefício e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento.

Se tiver filhos, só poderá destinar à companheira metade da pensão, se ela viver

sob sua dependência econômica há cinco anos (Lei n. 4.069/62, art. 5º, §§ 3º e 4º). A concubina é beneficiária de congressista falecido no exercício do mandato, cargo ou função (Lei n. 4.284/63), e de advogado (Lei n. 4.103-A/62, art. 5º); o contribuinte do imposto de renda separado judicialmente, e que não responda pela 192 MARCO AURELIO S. VIANA

mantença do ex-consorte, pode abater como encargo de família pessoa que viva sob sua dependência há cinco anos, desde que tenha sido incluída entre seus beneficiários e ainda subsista impedimento matrimonial; o art. 12 da Lei n. 8.245/91 autoriza o companheiro a continuar a locação; podem adotar (art. 42, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Após o advento da Constituição Federal de 1988 vieram as Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e a Lei n. 9278 de 10 de maio de 1996. O primeiro texto legal citado dispõe a respeito do direito dos companheiros a alimentos e direito sucessório, e o segundo regula o § 3º do art. 226 da Lei Maior.

A nosso ver as duas leis estão em vigor, não tendo a primeira sido revogada pela segunda. A Lei n. 8.971/94 foi afetada apenas em parte, naquilo em que a Lei n. 9.278/96 disciplina, mantendo-se em vigor no que diz respeito ao direito sucessório, pois que esse ponto não foi contemplado pela lei nova.

Nessa linha, a matéria pertinente ao Direito das Sucessões continua a ser disciplinada pela Lei n. 8.971/94, enquanto o conceito legal de união estável, os direitos e deveres que decorrem dessa relação, os alimentos, o aspecto patrimonial, a conversão em casamento, a competência das Varas de Família para solução das pendências e a criação do direito real de habitação são objetos da Lei n. 9.278/96.

## & 3 A JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência tem importante papel no desenvolvimento dos suportes conceituais relativos à união estável.

Assim, admitiu que a companheira, hoje convivente, peça indenização na hipótese de homicídio perpetrado contra o companheiro (RT 159/207), e o exercício da tutela, desde que leve vida decente (AJ 51/427). E a Súmula 35/STF estabelece que em caso de acidente de trabalho ou transporte, a concubina tem

direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

Reconheceu, ainda, efeitos por ocasião da dissolução da união, entre os quais podem ser relacionados: a) a concubina é titular do direito de ser remunerada pelos serviços rurais ou domésticos prestados durante o período de união livre. A remuneração é atribuída em razão dos serviços prestados, porque o fato de viver em concubinato não lhe retira o direito de ser paga pelos serviços que realizou. O pagamento não se faz pela posse

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

do corpo da mulher ou do seu prazer sexual;" b) é reconhecido o direito de participar do patrimônio construído pelo esforço comum, por existir sociedade de fato. É o que está na Súmula 380 do STF:

"Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a artilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. O direito à partilha reclama a concorrência de três requisitos:1º) prova da existência de sociedade de fato; 2º) que dela resulte patrimônio ou aumento patrimonial; 3º) que este decorra de esforço comum. Ela se realiza na proporção dos recursos com que cada um dos concubinos concorreu para a constituição do patrimônio ou do aumento daquele já existente. Não basta o só fato do concubinato, que pode dar lugar à remuneração, mas não à partilha. O esforço comum resume-se a uma questão de fato.

Repousa na participação da mulher com atividade lucrativa, ou de seu trabalho no lar, na sua administração, no ato de receber amigos do marido, quando ele tem vida social intensa e da qual resulta aumento de clientela ou progresso considerável nos negócios. O simples serviço doméstico autoriza apenas o salário. Corrente jurisprudencial entende que se deva conceder meação nos aqüestos. O direito é recíproco, ou seja, a pretensão pode ser deduzida pelo homem e pela mulher. A prova do concubinato se faz por todos os meios de prova, inclusive testemunhal. No direito francês a ruptura da união livre não constitui em si mesma uma falta, mas as circunstâncias autorizam, muitas vezes, o direito à indenização, prevalecendo os princípios que orientam o rompimento de noivado.

Além das Súmulas 35 e 380, ambas do STF, aquela Corte editou outras, a saber: a) 382: A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato; b) 447: É válido a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.

No estudo da evolução da jurisprudência, nesse território, houve quem entendesse que o comportamento da jurisprudência levaria a fazer do casamento e da união estável soluções alternativas, cuja utilização deixaria à conveniência

das partes.

194 MARCO AURELIO S. VIANA

Examinando as leis em vigor esse entendimento parece ter se concretizado, porque a amplitude que se deu na disciplina da espécie, partindo da noção de casamento, permite que o interessado faça, efetivamente, uma opção entre as duas formas de constituir a família. Em nossa opinião, no entanto, esse modo de ver, adotado pela legislação, não está de acordo com o pensamento da Constituição Federal, que dá prevalência à família constituída a partir do casamento.

& 4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 4º, estatui que, "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.

O dispositivo reclama algumas considerações.

A primeira prende-se à inexistência de equiparação entre união estável e casamento. O que se pretende é estabelecer, em lei ordinária proteção pelo Estado, por intermédio de mecanismos assistenciais, reconhecendo a

necessidade de assistir a um maior número de indivíduos. Reconhece a união estável como entidade familiar, mas determina que a lei facilite a sua conversão em casamento. Há nítida preferência por essa forma de constituição da família, ou seja, que ela tenha como origem o casamento. No direito português não se reconhece a união de fato, porque não há casamento, não se justificando que as pessoas vivam fora desse território.

Exige-se, ainda, que haja diversidade de sexos, porque o texto constitucional fala em união estável entre homem e mulher. Por isso entendemos que não se pode pretender disciplinar de forma ampla a união entre pessoas do mesmo sexo.

O que se contempla é a antiga sociedade concubinária, o denominado concubinato qualificado ou próprio, em que se evidencia o estado de casamento aparente. Fica afastada a concubinagem, em que a relação

"O que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais com lastro na disciplina das sociedades de fato, do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar. Como tal, gozando da proteção do Estado, está legitimada para os efeitos da incidência das regras do Direito de Família. Provada a união estável pela longa convivência comum é cabível meação dos bens adquiridos na constância desta.

Apelação a que se dá provimento" (Ap. civ. 3.600/00, 1ª CC. do TJRJ, Rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito, citado por Arnoldo Wald, Direito de Família, p. 257).

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

tem caráter transitório, passageiro, superficial, eventual, sem que se vislumbre a aparência de casamento.

& 5 CONCEITO

Devemos distinguir, agora, entre união estável e concubinato.

Por um longo período de tempo utilizou-se o vocábulo concubinato para exprimir a união de fato entre homem e mulher. Ocorre que a Constituição Federal inovou terminologicamente, falando em união estável. Na verdade, antes do advento da nova ordem constitucional, já se manifestava preocupação de distinguir entre a união que expressava o

estado de casamento aparente e aquela relação de caráter transitório, passageiro, superficial, eventual. Falava-se, então, em concubinato qualificado ou próprio, expressando a união estável de hoje, e a concubinagem, indicando a relação superficial.

A nova terminologia permite fazer a distinção necessária, porque a expressão união estável corresponde ao estado de casamento aparente e o vocábulo concubinato fica reservado à relação passageira.

Na união estável temos o estado de casamento aparente. Nela temos desenhados todos os elementos do casamento, dele diferindo pela origem, porque não lhe socorre o ato civil. Ele se apóia em uma relação de fato, na vontade dos concubinos, sem força vinculativa. Temos uma convivência notória como marido e mulher, com continuidade das relações sexuais, coabitação e fidelidade presumida. É indispensável que a união se revista de estabilidade, haja aparência de casamento. Há uma convivência notória, ou seja, o casal passa aos olhos do público como se casados fossem. Mas isso não significa publicidade, mas apenas que eles sejam tidos no estado de casados, sendo a ligação conhecida dentro e fora dos círculos dos amigos, de pessoas íntimas, vizinhos. Ela será respeitável como união feita segundo a lei. A fidelidade deve-se colocar, havendo intenção de vida em comum. A coabitação é complemento natural, embora não se tenha como essencial a vida em comum sob o mesmo teto. A Súmula 382

do STF enfatiza esse aspecto, dizendo: "A vida em comum sob o mesmo teto, more uxoriu, não é indispensável à caracterização do concubinato". No que se refere à dependência econômica da mulher, apesar de ser elemento a ser considerado, forçoso reconhecer que muitas uniões livres se fazem entre um homem e uma mulher



independentes, o que não afasta a sua caracterização. Distingue-se da concubinagem, porque nesta há união menos duradoura, de caráter transitório. Aqui não há uma comunidade quoad thorum et habitationem, porque inexiste vida em comum de habitação, leito e mesa." A concubinagem tipifica-se pela relação passageira, superficial, eventual, em que não se vislumbra a aparência de casamento.

## & 6 DIREITO POSITIVO

As transformações operadas na sociedade brasileira afastaram a posição de inferioridade social que a união estável conheceu por muito tempo (João Baptista Villela). A Constituição Federal, como já enfatizamos, considerou-a como entidade familiar.

A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 foi editada para disciplinar o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. A ele se seguiu a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Este último texto legal afastou definitivamente a união estável do território do Direito das Obrigações, inserindo-o no universo do Direito de Família. Essa mudança por si só traz conseqüências significativas.

Entendemos que as duas leis continuam a vigorar, tendo alguns dos dispositivos da Lei n.

8.971/94 perdido eficácia, ficando ela voltada para o direito sucessório.

A Lei n. 8.971 /94, editava, no art. 1º, a respeito dos alimentos devidos entre os conviventes.

O exame do dispositivo legal deixava claro que a união estável reclamava a concorrência dos seguintes requisitos: a) que a união envolvesse pessoas

solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas; b) que houvesse convivência há mais de cinco anos; ou c) que existisse prole.

A Lei n. 9.278/96, de forma mais objetiva, no art. 1º, estatui que "é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família". A nosso ver perdeu eficácia o art. 1º e parágrafo único da Lei n. 8.971/94. A redação emprestada pela lei, que regula a Constituição Federal nesse particular, abre espaço para melhor apreciação de cada caso concreto, sem submeter o intérprete e o aplicador da lei a uma diretriz rígida. O que se examinará é se temos aquele estado de casamento aparente, situação que não fica vinculada, necessariamente, a CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 197

qualquer lapso de tempo. Reportamo-nos ao que ficou dito a esse respeito no parágrafo anterior.

Uma questão que merece atenção é a possibilidade de se constituir união estável envolvendo pessoas separadas de fato.

A nosso ver não se pode admitir que a união decorra de relação incestuosa ou adulterina. Essa situação é incompatível com a noção de entidade familiar, que a Lei Maior consagra. A lei ordinária jamais poderia tomar uma tal liberdade. No direito pátrio a família é constituída monogamicamente.

Não se pode admitir que a entidade familiar tenha outro tratamento.

Não vemos obstáculo, contudo, quando há separação de fato. A união estável poderá ser reconhecida, embora não se possa aplicar a lei em toda a sua amplitude, especialmente no que diz respeito à sua conversão em casamento. Nesse sentido já se orientava a jurisprudência.

A Lei n. 9.278/96 estatui uma gama de direitos e deveres dos conviventes, em tudo semelhante ao que preceitua o art. 231 do Código Civil - só suprimiu a expressão fidelidade -, buscando promover uma equiparação entre o casamento e à união estável (art. 2º). Solução infeliz, que não se coaduna com o texto constitucional. A Lei Maior em momento algum permite concluir que persegue tal equiparação, mas, ao contrário, enfatiza que a união estável deve ter facilitada a sua conversão em casamento, elegendo essa forma de constituição da família

como a mais adequada.

O que se faz é dar à união estável o perfil de alternativa para o casamento.

Os direitos e deveres que a lei especial relaciona, são os seguintes: a) respeito e consideração mútuos; b) assistência moral e material recíproca; c) guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

A Lei n. 9.278/96 estabelece um regime de bens entre os conviventes, com regras do regime de comunhão parcial de bens. Estabelece uma presunção iuris tantum, nos seguintes termos: todos os bens havidos na constância da união estável, a título oneroso, pertencem a ambos, pois seriam fruto do esforço comum (art. 5º). Cuidando-se de presunção relativa, pode ser afastada por prova em contrário. Admite-se que esse aspecto seja objeto de estipulação contratual, ou seja, que as partes, em contrato escrito, estabeleçam outra regra para o regime de bens.

A presunção prevista no caput do art. 5º cessa se a aquisição patrimonial ocorre com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união ( § 1º).

A administração do patrimônio comum compete a ambos, mas é possível estipulação contrária em contrato escrito (§ 2º).

198 MARCO AURELIO S. VIANA

O direito aos alimentos, que já estava na Lei n. 8.971/94, merece tratamento na Lei n.

9.278/96, em termos mais amplos, sem as restrições anteriores, que vinculavam o reconhecimento da união estável aos requisitos já indicados. Durante a união estável os alimentos decorrem do dever de assistência material. Vindo a dissolução é reconhecido ao convivente que necessitar, demandar a assistência material sob a forma de alimentos (art. 7º). Esse aspecto será estudado mais detidamente no capítulo dedicado aos alimentos.

No parágrafo único do art. 7º é assegurado o direito real de habitação, em havendo dissolução da união estável por morte, que é assegurado ao sobrevivente. Ele incide sobre o imóvel destinado à residência da família, e perdura pelo tempo que ele viver, ou enquanto não constituir outra união, ou

casamento.

Finalmente é assegurado aos conviventes, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, mediante requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do seu domicílio.

No que tange ao direito sucessório, será objeto de estudo no volume dedicado ao Direito das Sucessões.

A união estável, embora não fosse reconhecida como instituto do Direito de Família, sempre mereceu tratamento doutrinário no seu âmbito, o que está, também, no plano internacional, o que não deixa de ser um paradoxo.

Atualmente, em sendo a união estável entidade familiar, e havendo previsão legal a esse respeito, dúvida não fica de que a competência para dirimir as controvérsias que se instalem é das Varas de Família. Nesse passo a norma contida no art. 9º da Lei n. 9278/96. Aparta-se, em definitivo, da visão que tinha tais relações como sendo de cunho obrigacional.

A dissolução da união estável pode advir: a) da morte de um dos conviventes, quando se terá em vista as regras previstas na Lei n. 8.971/94; b) pela via consensual; c) de forma litigiosa. Se os conviventes optarem pela dissolução consensual devem reduzir a escrito os pontos cardeais: a partilha dos bens, se houver, a guarda e o direito de visita em relação à prole; os alimentos devidos aos filhos e ao convivente que dele necessitar; e a respeito do sobrenome da convivente, pois ela pode ter passado a usar o do companheiro. A prudência recomenda que o acordo seja homologado em juízo, sendo competente a Vara de Família, como já encarecido. Não vemos inconveniente para se adotar o

procedimento previsto para a separação judicial consensual.



Se não é possível solucionar a pendência de forma amigável, o interessado dispõe da ação de dissolução de união estável, em que provará sua existência e pedirá sua dissolução.

No que tange à cautelar de separação de corpos, filiamo-nos à corrente daqueles que a admitem. Cuida-se de medida cautelar inominada pela qual um dos

conviventes pede o afastamento de um deles do imóvel que lhes servia de moradia. Cuida-se de entidade familiar, sendo correto e pertinente a tutela que se assegura aos conviventes, pois aqui estão presentes as mesmas razões que justificam o deferimento da medida havendo casamento.

## Capítulo 14 - DO PARENTESCO

Sumário

# 1 Conceito

2 Espécies de parentesco

# 3 Contagem de graus

& 1 CONCEITO

A família é o núcleo central da sociedade, tomando-se o vocábulo em acepções diversas (Cap.

I, n.1 ). Ela emerge basicamente de dois fatos biológicos, que são a união sexual e a procriação, levando a dois institutos: matrimônio e filiação. Mas nem todas as relações familiares restam absorvidas pelo matrimônio e pela filiação, porque existem outras de considerável importância, como os alimentos e a sucessão hereditária, que estão vinculadas a noções distintas tais como consangüinidade e afinidade. Em verdade, ao lado da família em sentido estrito - pai, mãe e filho -, temos a noção ampla e a amplíssima, que ultrapassam esses limites, estabelecendo relações que alcançam outras pessoas que estão vinculadas por laços de sangue, ou que ligam um cônjuge aos consangüíneos do outro, levando à afinidade.

Daí ser procedente a observação no sentido de que, entre as várias espécies de relações humanas, destaca-se em importância o parentesco, despontando em constância no comércio jurídico e na vida social.

O vocábulo parentesco expressa a relação entre pessoas que descendem umas das outras, ou de um mesmo tronco, unidas pelo sangue; significa, também, a vinculação de uma pessoa aos parentes de seu cônjuges, tipificando-se a afinidade; por derradeiro, pode resultar da lei, o que se dá com a adoção, nascendo o parentesco civil.

Assim é possível considerarmos o parentesco por consangüinidade, afinidade e adoção.

Consangüinidade - O parentesco por consangüinidade é a relação vinculando entre si pessoas que descendem umas das outras, ou que



descendem de um mesmo tronco. O direito moderno não manteve a relação de

parentesco, estabelecida apenas pelo lado masculino (agnação), presente no direito romano.

Afinidade - Temos, aqui, o vínculo que se estabelece entre um cônjuge e os parentes do outro. Não são parentes os afins de afins (affinitas affinatatem non parit). Nasce com o casamento e, em regra, com a sua extinção pela morte, pela anulação, ou pelo divórcio, cessa. Mas, em certas circunstâncias, sobrevivem seus efeitos, como se dá no campo dos impedimentos dirimentes públicos, inibindo o casamento entre ascendentes e descendentes por afinidade (sogro e nora, sogra e genro).

Adoção - A adoção cria o parentesco civil entre o adotante e o adotado. A adoção disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente tem reflexos mais amplos, porque implica introdução do adotando na família do adotante, cessando a filiação biológica. Mantêm-se, em qualquer hipótese, os impedimentos matrimoniais.

O estudo das relações de parentesco tem importância pelos efeitos que a lei lhe atribui, estatuindo um complexo de direitos e deveres, que se reflete no âmbito do direito de família, e em outros ramos, como o direito penal, o processual, o eleitoral.

& 2 ESPÉCIES DE PARENTESCO

Não existe mais distinção entre parentesco legítimo e ilegítimo, estando revogado o art. 332 do Código Civil. O parentesco pode ser: a) linha reta. Linha é a vinculação de uma pessoa a tronco ancestral comum. Parentesco em linha reta é o que une pessoas que descendem umas das outras, vale dizer, pessoas que foram procriadas uma de outra diretamente. É ascendente ou descendente, conforme se afaste ou se aproxime do tronco comum. É ascendente na relação filho para pai, porque sobe da pessoa considerada para os seus antepassados; é descendente o exemplo do avô

para filho, e deste para o neto, porque desce da pessoa considerada para os seus descendentes (art. 330 do CC).

Mister esclarecer que o vocábulo linha tem uma outra acepção, porque se fala em parentes paternos e maternos, e nesse sentido utiliza-se o vocábulo para indicar a linha paterna ou a materna; b) linha colateral. É aquela que vincula pessoas que procedem de um tronco comum, mas que não descendem umas das outras (art. 331 do CC). É denominado, também, de linha transversal ou oblíqua. Nessa classe entram os irmãos, os tios, os sobrinhos, os primos. Alcança até o sexto grau. A linha colateral pode ser igual ou desigual. É igual quando os parentes que se comparam estão eqüidistantes do tronco. É o que se passa com os irmãos. É desigual se a distância do tronco é diferente. É o que se passa com o tio e o sobrinho. O antepassado comum está separado por duas gerações do sobrinho e uma só do tio. Esse antepassado é pai de um e avô do outro. Temos a linha colateral duplicada quando os ascendentes das pessoas consideradas são parentes entre si. Exemplo: dois irmãos casados com duas irmãs. Os filhos dos dois casais serão colaterais em linha duplicada. Lembramos, por derradeiro, que têm utilização freqüente as seguintes denominações: l. irmãos germanos: filhos dos mesmos pais; 2. unilaterais, quando ligados por apenas um dos genitores. Subdividem-se em uterinos, se o genitor é a mãe, mas os pais são diversos; consangüíneos, o pai é comum, mas as mães diferentes.

& 3 CONTAGEM DE GRAUS

Grau é a distância em gerações, que vai de um a outro parente.

A contagem dos graus de parentesco é feita na linha reta pelo número de gerações, subindo ou descendo. Assim, de pai a filho temos um grau ou parentesco em primeiro grau; do neto para o avô, dois graus; do bisavô para o bisneto, três graus, etc.

Na linha colateral a contagem é feita tendo em vista o número de gerações. Para se saber o grau de parentesco entre duas pessoas, basta subir, contando-se as gerações, até o ascendente comum, descendo até o outro parente (art. 333 do CC). Exemplifiquemos: entre dois irmãos há dois graus, porque de um irmão para o pai (ascendente comum) há um grau, e do pai para o outro irmão, outro grau, o que perfaz dois graus. Outro exemplo: tio e sobrinho, três graus, da seguinte forma: do filho ao pai, um grau; do pai ao avô (ascendente comum), dois graus; do avô ao tio, três graus. Os primos são parentes em quarto grau; os filhos de um desses filhos estão para os outros em quinto grau, e os filhos daqueles dois primos são parentes em sexto grau. Na linha colateral o parentesco

não vai além do sexto grau (art. 331 do CC).

206 MARCO AURELIO S. VIANA

Na afinidade, embora inexista ascendente comum, o parentesco conhece as duas linhas, e a contagem se faz por graus por analogia com o parentesco consangüíneo. Na linha reta ascendente estão o sogro, a sogra, e na descendente genro e nora. Entre sogro e genro o parentesco é de primeiro grau em linha reta. Na linha colateral um dos cônjuges fica colocado na posição do outro, com relação aos parentes deste, na contagem dos graus. Os cunhados são afins em segundo grau.

## Capítulo 15 - DA FILIAÇÃO NO CASAMENTO

Sumário

1 Acepção do vocábulo filiação

# 2 Da paridade entre os filhos

3 A presunção de paternidade

4 Ação negatória de paternidade

5 A ação negatória de paternidade e a nova ordem constitucional 6 Ação de prova de filiação

7 Ação contra o vínculo da maternidade

8 Prova de filiação

9 A legitimação

& 1 ACEPÇÃO DO VOCÁBULO FILIAÇÃO

O vocábulo filiação integra o vocabulário jurídico exprimindo a relação entre o filho e seus pais, ou seja, aqueles que o geraram. Em sentido genérico traduz a descendência em linha reta, como se dá quando alguém faz referência à filiação de uma pessoa a seus ancestrais. Essa mesma relação, quando vista pela ótica dos genitores, é chamada de paternidade ou maternidade.

Observamos, contudo, que a expressão paternidade, em sentido lato, é utilizada para indicar a paternidade e a maternidade.

O Código Civil, até o advento da Constituição Federal de 1988, distinguia entre a filiação legítima, a filiação ilegítima, a adotiva, e dispunha a respeito da legitimação. Com pertinência à distinção entre filiação legítima e ilegítima, considerava-se o filho havido ou não da relação de casamento. A filiação legítima tinha suas bases em pais casados no momento da concepção. A fonte da legitimidade era o casamento válido, ou o casamento putativo. Essa situação não era estranha a outras legislações. Nessa linha, o art. 337 do Código Civil estatuía que legítimos eram os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé. A distinção desaparece porque a Carta Magna introduziu a perfeita equiparação entre os filhos, havidos ou não, da relação de casamento, ou por adoção.

## & 2 DA PARIDADE ENTRE OS FILHOS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu absoluta paridade entre todos os filhos, fundada na tese personalista.5 O art. 227, § 6º, de forma



incisiva e clara, assegura aos filhos os mesmos direitos e qualificações e proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, havidos os filhos da relação de casamento ou não, ou por adoção. Atinge-se o diploma civil e a legislação especial, nascendo uma nova ordem legal no universo próprio e específico da filiação. Os filhos têm os mesmos direitos, inclusive para efeitos sucessórios.

Em que pese o acolhimento do princípio da igualdade, é forçoso convir que os filhos continuam nascendo no casamento e fora dele. Esse é um fato incontroverso. Por isso mesmo o que desapareceu foi o tratamento discriminatório, que levou, anteriormente, a regimes legais diferentes, em que os filhos havidos fora do casamento foram penalizados.

Isso já não é mais possível, porque não se tem mais nenhuma diferença entre os filhos, o que leva à plena igualdade de direitos. Mas é importante considerar, como dito antes, que, em relação à sua origem, os seres humanos continuam nascendo dentro e fora do casamento, fruto de relações matrimonializadas ou não-matrimonializadas, o que desemboca, necessariamente, em tratamento jurídico diferenciado, desde que não implique discriminação. São realidades sociológicas diferentes, que repercutem de modo próprio na cidadela do Direito.

Feitas essas considerações é possível compreender a razão pela qual, mesmo em sistema de paridade entre os filhos, em que vigora o princípio da igualdade, se tenha um resíduo diferencial, presente na figura da presunção pater is est. Em outras palavras: em favor do filho nascido em relação matrimonializada temos uma presunção de paternidade, que não socorre o filho de relação não-matrimonializada. Este deve demandar o reconhecimento de seu estado de filiação, se não houver a perfilhação.

## & 3 A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Para melhor entendermos a presunção pater is est quem nuptiae demonstrent, conhecida pela abreviação pater is est, devemos ter em mente que, por um período significativo da história da humanidade, e mais especialmente, por influência romana, o marido sempre gozou do direito de aceitar ou rejeitar o filho. Isso foi sensível no direito romano e influenciou as legislações do Século XIX. Isso veremos no Cap. 14, quando



enfocarmos a ação de investigação de paternidade. Por ora diremos apenas que o Código Civil francês de 1804, bebeu nas fontes romanas e, em nome da paz doméstica, considerando a fam7ia um bem em si mesmo, caminhou para um sistema em que se mantinha a autoridade marital sobre a mulher e a prole. Nesse território, a má-vontade com os filhos havidos fora do casamento é compreensível.

E o Code Civil adotou a presunção pater is est, dando-lhe perfil rígido, em que se colocou como princípio mais importante a defesa da instituição matrimonial, o que explica e justifica que se tenha apenas o marido como titular da pretensão para contestar a paternidade - o que preserva sua autoridade -, ao mesmo tempo em que cria um elenco

limitado e taxativo das hipóteses em que a paternidade pode ser atacada - permitindo, assim, que a paz doméstica seja melhor resguardada. O art. 312, al. 1, consagrava essa presunção, estatuindo que o filho concebido durante o casamento tinha por pai o marido. Preserva-se a paz familiar. A lei parte de um fato conhecido e estabelece uma presunção sobre aquele desconhecido.

O fato conhecido é a maternidade, a filiação do filho em função de sua mãe; o fato desconhecido é a filiação em relação ao pai. Partindo da maternidade da mulher a lei chega à paternidade do marido, considerando aquilo que se passa de ordinário.

O Código Civil pátrio bebeu nessa fonte, tendo acolhido a presunção de paternidade. Se examinarmos o sistema adotado pelo diploma civil pátrio veremos que ele tem cunho indiscutivelmente patriarcal, sendo o marido o chefe da sociedade conjugal e gozando do poder jurídico sobre todos os filhos nascidos de sua mulher na constância do casamento, sendo titular, ainda, do direito

exclusivo de contestar a paternidade." Nascido na constância do casamento, mesmo o putativo, presume-se ser filho do marido. O direito pátrio não conhece dispositivo legal como o do direito

francês, mas o princípio é aceito e está consagrado em perfeita consonância com seu espírito.

Cuida-se, outrossim, de presunção iuris tantum, mas que conhece dificuldades para ser vencida, porque o diploma civil elenca as hipóteses em que a negatória da paternidade é admitida.

Devemos dizer, contudo, que a rigidez originária do diploma civil está sendo revista, porque incompatível com os novos rumos do Direito de Família, o que veremos oportunamente.



Inicialmente lembramos que o art. 337 do Código Civil foi revogado pela Lei n. 8.560/92, que cuidava da legitimidade dos filhos nascidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé. Contemplava-se, na parte final do dispositivo legal revogado, o casamento putativo. No art. 338 o diploma civil presume concebidos na constância do casamento: a) os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; b) os nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal.

Argumentam alguns que os prazos fixados pelo diploma civil seriam exíguos, ao que responde Clóvis Beviláqua dizendo que a ciência não apresentou melhor solução. A ciência dispõe de meios para determinar a data da concepção (teste Galli-Mainini), mas o direito recorre a um jogo de presunções, partindo das observações da medicina e o fato de as pendências se situarem em um momento em que não há mais oportunidade de recorrer ao aludido teste.

Por isso a presunção estampada no art. 338 do diploma civil.

Não se pode descartar possível conflito de presunções, como se passa quando a mulher viúva se casa antes de decorridos dez meses e tem um filho depois de cento e oitenta dias do segundo casamento, mas antes de findos os trezentos dias

posteriores à dissolução do primeiro. Em que pese o impedimento matrimonial (art. 183, XIV), é possível que isso ocorra. A solução é a prova, seja técnica, seja documental ou testemunhal, que permita definir a paternidade em uma tal situação, determinando-se se o filho é do primeiro ou do segundo casamento. O art. 339 estatui que a legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias de que trata o n. I do art. 338 não pode ser contestada: a) se o marido tinha ciência da gravidez da mulher antes de casar; b) se assistiu, pessoalmente,

ou por procurador, lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade. Aquele que casa com mulher grávida, tendo ciência do seu estado, deve promover a ressalva no termo do casamento, como forma de afastar a presunção legal.

A presunção legal é iuris tantum, ou seja, admite prova em contrário. Ocorre que a orientação adotada pelo Código Civil pátrio, na esteira do direito francês, dificulta ao máximo a contestação da paternidade do



filho nascido no casamento. O art. 340 só admite que a presunção seja vencida nos casos que indica, e que são: a) o marido achava-se fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos cento e vinte um dias, ou mais, dos trezentos que houveram precedido o nascimento do filho; b) que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

Temos, aqui, duas presunções, que estão unidas: a presunção de coabitação e a presunção de geração, ou seja, que dessa coabitação foi gerado o filho nascido na constância do casamento.

Dessas duas presunções decorre a presunção de paternidade, nas condições que o diploma civil indica, ou seja, a paternidade, havendo casamento, vem alicerçada na geração propriamente dita e na coabitação, ou seja, que o marido está em condições de gerar.

A lei não definiu o que devemos entender por impossibilidade física de coabitação. A doutrina traça os contornos dessa figura, nos seguintes termos: a) os cônjuges se acham em lugares distantes, sem possibilidade de qualquer comunicação. Há quem sustente que essa impossibilidade deva ser absoluta.

Como é possível a inseminação artificial, merece cautela o exame da situação de fato; b) a impotência absoluta, devendo ser entendida no sentido de impotentia generandi, ou seja, impotência para gerar. Mas, a nosso ver, a inaptidão para o coito (irnpotentia coeundi), merece ser considerada, porque ela inibe a geração, embora esse entendimento não seja pacífico. Um homem que sofreu uma mutilação, operação cirúrgica, uma moléstia grave, um acidente, enfim, viveu situações que inibem a geração, pode invocar seu estado para contestar a paternidade, tudo dependendo da prova que vier a produzir.

A segunda hipótese prevista no diploma civil é a separação legal cios cônjuges. Devemos entender, na expressão legal, a separação legalmente autorizada (art. 888, VI, do CPC), em havendo separação de corpos (art. 223 do Código Civil, art. 7º, § 1º, da Lei n. 6.515/77). Mas a separação não valerá se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal (art. 341

do CC). A expressão teto conjugal deve ser entendida como convivência sob o mesmo teto. Este pode ser a residência de um deles, um hotel, a casa de terceira pessoa. É bastante que a convivência tenha sido de um só dia.

A presunção tem tal intensidade que nem mesmo o adultério ou a confissão materna são tidos em conta para afastá-la. Efetivamente, o art.



343 do diploma civil estatui que a presunção não é ilidida pelo adultério da mulher, enquanto o art.

346 reza que não basta a confissão materna para excluir a paternidade. E assim procede porque, em que pese o adultério, o filho pode ser do marido. No que se refere à confissão materna, porque essa poderia ser uma forma de afrontar o marido." Sob um outro aspecto seria dar à mulher ação que, por sua natureza, é privativa do marido.

Mas não se pode descartar a separação de fato, embora ela não possa se enquadrar na hipótese do inciso II do art. 340. Ela deverá ser inserida no inciso I (RT 292/282).

A rigidez do sistema merece ser revista, porque houve expressiva e significativa

modificação no Direito de Família, com a Constituição Federal de 1988. As inovações introduzidas repercutem sensivelmente na interpretação dos vigorantes dispositivos do diploma civil e legislação extravagante.

## & 4 AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

A ação negatória de paternidade é conhecida, também, como ação de contestação de paternidade. Com ela o que se persegue é a destruição da presunção de paternidade.

A legitimidade ativa é privativa do marido (art. 344), mas, uma vez iniciada, passa aos seus herdeiros (art. 345). A legitimidade ativa suscita dois problemas: a) se o curador do marido pode intentar a ação em nome do representado; b) se os herdeiros estão autorizados a promovê-la se o marido morre incapaz, ou antes de esgotado o prazo que lhe é assegurado por lei para ajuizá-la.

Na primeira hipótese, o pensamento mais aceito é no sentido de só o marido ter legitimidade para contestar a paternidade. Não comungamos com que essa tese, entendendo que a iniciativa do curador deve ser acolhida quando as circunstâncias ditam de forma gritante que o marido não é o pai da prole. Se ele está internado em um nosocômio, com doença irreversível, por período de tempo que torne absolutamente impossível a paternidade. A situação existente é mais atentatória à moral do que a destruição da presunção legal.



Não será possível contestar a paternidade se o filho nasceu antes de decorridos cento e oitenta dias da convivência matrimonial, se ele tinha ciência da gravidez da mulher antes de casar (art. 339, I), ou se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, à lavratura do termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade (art. 339, II). Para que possa manejar a ação com sucesso, deverá comparecer ao cartório, determinar a abertura do termo e ressalvar que, havendo o nascimento ocorrido antes de cento e oitenta dias após o estabelecimento da sociedade conjugal, o recém-nascido não é seu filho, reservando o direito de propor a ação.

Vimos que a contestação da paternidade é limitada a dois casos:1º) o marido achava-se fisicamente impossibilitado e coabitar com a mulher nos primeiros

cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho. A impotência que se cogita é a absoluta (art. 342), e abrange a impotência coeundi ou instrumental, ou seja, a inaptidão para o coito; e a generandi, ou seja, a inaptidão para procriar, desde que seja absoluta; 2º) que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados. A separação de fato servirá de fundamento se o feito for ajuizado com base no inciso I do art. 340. Ponderamos, contudo, que, na separação judicial, em sendo possível a prova de que os ex-cônjuges mantiverem comércio carnal, a contestação poderá ruir. O ônus da prova é da mulher.

O adultério da mulher não é bastante para elidir a presunção legal (art. 343), nem a confissão materna (art. 346).z' Poderá servir de prova complementar.

No capítulo das provas o autor dispõe dos meios ordinários, merecendo especial atenção a prova hematológica. Excluída a paternidade pela perícia, o resultado será conclusivo da impossibilidade de concepção. Devemos lembrar, ainda, no campo da prova, aquela que se faz pelas "impressões digitais" de DNA.

O direito de contestar a paternidade deverá ser exercido no prazo curto de decadência de dois meses, contados do nascimento, se o marido estava presente, ou três meses, se estava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no 216 MARCO AURELIO S. VIANA

primeiro caso, e data do nascimento, no segundo (art.178, §§ 3º e 4º, I). A exigüidade do prazo tem explicação na necessidade de se consolidar a situação do filho. A legitimidade passiva é do filho.

Se ele for menor, o juiz nomeará curador especial, assegurando-se à mãe, apesar de não ser parte no feito, o direito de assistir o filho.

Acolhida a ação, conserva-se a filiação materna. A sentença será averbada no Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 29, § 1º, b, da Lei n. 6.015/73), sendo oponível a terceiros.

## & 5 A AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

No n. 4 supra, estudamos a ação negatória da paternidade sob a ótica tradicional,

sem considerar a nova realidade e a evolução operada no Direito de Família com a Constituição Federal de 1988. Vamos abordar o mesmo tema, agora, mas dentro de um novo enfoque que, a nosso ver, passa a alimentar a matéria no direito positivo pátrio. Como a nossa tese pode não ser admitida, e para que o estudante não se veja prejudicado, dedicamos um item para abordar o tema sob o ângulo tradicional, segundo o entendimento adotado antes da Lei Maior, e abrimos o presente item para analisar o impacto da ordem constitucional no campo da negatória de paternidade.

Vimos que o que caracteriza o sistema do diploma civil nesse campo é o cunho indiscutivelmente patriarcal, em que o marido tem o poder jurídico sobre todos os filhos nascidos de sua esposa na constância do casamento, gozando do direito exclusivo de contestar a paternidade. Foi a orientação do Código Civil francês, que impressionou outras legislações, no século passado. Deu-se prevalência à tutela da paz doméstica em detrimento da tutela da dignidade da pessoa humana.

Com a nova ordem constitucional marido e mulher estão em pé de igualdade, acolhido que foi o princípio da isonomia conjugal. Não mais temos a prevalência do homem sobre o mulher, nem goza aquele de qualquer privilégio. Eles são iguais em tudo, legal e juridicamente falando. Além disso, houve um deslocamento da tutela jurídica no âmbito do direito de família. A disciplina legal da família e da filiação, sem deixar de considerar a família como instituição das mais importantes e expressivas, movimentou-se da máxima proteção da paz doméstica, em que se tinha a família como um bem em si mesmo, para a tutela da dignidade da pessoa humana. Também ficou bastante claro que a criança e o adolescente merecem tratamento especial, voltado para o bem do menor. O Estatuto da Criança e do Adolescente abriga, no art. 27, regra legal do maior significado CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 217

do e amplitude, quando assegura o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, de se ter o reconhecimento do estado de filiação. Esse direito pode ser exercitado sem restrições. O fim das discriminações contra os filhos das relações não matrimonializadas, e a igualdade de direito, é outro ponto a merecer reflexão. Não fosse o bastante, a Constituição Federal assegura direitos fundamentais à criança e ao adolescente, dentre eles o direito à dignidade (art. 227.

Ao lado desses aspectos temos uma nova visão da família, que não é apenas

aquela que nasce do casamento - embora essa seja a preferida pelo legislador -, admitindo-se outra realidade sociológica, que é a família fora do casamento. Temos as entidades familiares, como a união estável e a família monoparental.

Por derradeiro não podemos perder de vista a evolução e o avanço operados no campo da engenharia genética, e os novos meios técnicos e científicos colocados à disposição da humanidade, que prescindem de sistema de presunções. O exame de DNA, por exemplo, que, embora não possa ser tomado isoladamente como prova, em matéria de investigação, pode oferecer elementos que indiquem a exclusão da paternidade, o que se consegue até mesmo com simples exame hematológico. Além de que outros métodos permitem saber o exato período da concepção. Se ao

tempo da elaboração do diploma civil não se dispunha de base científica a oferecer segurança, não é esse o quadro atual.

Estamos vivendo um novo momento e é sob o seu enfoque que devemos examinar as relações de família, e nelas as ações de Estado.

No exame do tema, Gustavo Tepedino entende que as restrições do Código Civil foram revogadas, seja no que tange à irrestrita legitimação processual do próprio filho, decorrente do art.

27 do Estatuto, para investigar sua paternidade, impugnando, quando for o caso, a atribuição insincera da paternidade, seja no que concerne ao prazo oferecido ao filho para a propositura das respectivas ações. Argumenta que a proibição constitucional de discriminação da filiação extramatrimonial e com o art. 27 do Estatuto fica aberto ao filho havido na constância do casamento a

via para contestar a paternidade, com apoio no art. 363 do Código Civil, sob pena de oferecer tratamento desigual.=5

A Lei n. 8.560/92, no art. 4º, estatui que o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento. Repete a primeira parte do art. 362 do Código Civil, a que se reporta o doutrinador.

Ocorre que não foi trazido ao texto da lei especial a segunda parte do dispositivo do diploma civil, em

que se contemplava o direito de o filho menor impugnar o reconhecimento, o que se fazia dentro de quatro anos que se seguiam à maioridade ou emancipação. No estudo do tema fizemos ver que é indiscutível a revogação do citado art. 362. Revogação tácita, por força do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil. Como a Lei n. 8.560/92 esgotou a matéria relativa à perfilhação e ao reconhecimento de paternidade, repetindo a necessidade de consentimento do filho maior, sem fazer referência ao filho menor, fica sem amparo o pedido de impugnação ou de contestação de reconhecimento, que o art. 363 contemplava na sua segunda parte. Por isso, naquela oportunidade, reportando-nos ao ensinamento de Gustavo Tepedino, entendemos que o único caminho que restava ao filho menor

reconhecido, quando maior, seria pugnar pela paternidade biológica, porque o direito ao reconhecimento ao estado de filiação não conhece restrições. Estudávamos, então, a ação de investigação de paternidade.

A nosso ver, por via de conseqüência, não se pode invocar o citado art. 362. O que implica, também, dizer que não se tem tratamento diferente para os filhos havidos na constância do casamento em relação àqueles nascidos fora do casamento. Estes não gozam mais da ação de contestação de reconhecimento, o que decorre da revogação do dispositivo legal do Código Civil.

Se concordamos com o Prof. Tepedino, quando ele sustenta que a investigação da paternidade é livre, sem restrições, caindo a enumeração taxativa do art. 363 do diploma civil, somos forçados a divergir nesse particular.

Mas quando examinamos a nova ordem familiar em matéria de filiação, é possível levantar alguns pontos fundamentais ao desate do tema, a saber: a) o Estatuto assegura plena tutela do bem do menor; b) a Lei Maior, no art. 227, alinhando os direitos fundamentais da criança e do adolescente, neles inclui o direito à dignidade; c) houve um deslocamento do objeto da tutela jurídica no território do direito de família, porque, anteriormente, a disciplina jurídica da família e da filiação estava voltada para a proteção da paz doméstica, porque a família era considerada um bem em si mesma. A nova ordem constitucional indica, agora, que se deve preservar a família, como espaço de desenvolvimento da personalidade humana, e dirige a tutela para a dignidade da pessoa humana;

d) prevalece a isonomia conjugal ; e) sobressai a paridade entre os filhos, o que implica fim das discriminações e igualdade de direitos e qualificações admitindo-se CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 219

seja investigada a filiação contra homem casado, e a maternidade contra mulher casada; f) é tendência no plano internacional a prevalência do critério da verdade biológica em detrimento daquele da verdade legal. Esse critério, a nosso sentir, está vivo na Lei n. 8.560/92, quando chega ao extremo de atribuir legitimidade ao Ministério Público para litigar pela paternidade. E no direito comparado temos o Código Civil de Portugal legitimando o pai, a mãe e o Ministério Público para impugnar a paternidade. A Lei francesa de 3 de janeiro de 1973 põe fim, também, ao monopólio paterno acerca da negação da paternidade; g) dispomos dos recursos da Engenharia Genética, da tecnologia mais avançada em matéria de reprodução humana, criando novas situações nesse campo, e permitindo que se apure com maior fidelidade a verdadeira vinculação biológica. Ao tempo da elaboração do Código Civil a realidade era bem outra.

Entendemos que nesse quadro a questão não pode ser examinada sob a ótica tradicional, que vimos no n. 4, supra.

Inicialmente assinalamos que não se justifica mais o apego ao quadro previsto no art. 340 do Código Civil. Dispondo-se de recursos científicos, como hoje existem, é possível solucionar o impasse. Em verdade, o simples

fato de um homem ter coabitado com sua mulher não significa que ele seja o pai, na mesma medida em que a inexistência de coabitação não implica impossibilidade de geração. No primeiro caso, porque a fecundação pode ter

vindo em decorrência de relação com outro homem; no segundo caso porque a mulher pode ter se submetido à inseminação artificial. A solução do Código Civil justificava-se porque o fim da tutela era a paz familiar. Isso não mais prevalece nos dias que correm, onde se sobressai a tutela da dignidade humana. E temos um ponto a mais: prevalece a busca da verdade biológica em detrimento da verdade legal. Esta nem sempre coincide com a geração, pode encobri-la, e ser fonte de injustiças. E se o que se persegue é tutelar a dignidade humana - e a Lei Maior reconhece do direito à dignidade - não seria afrontá-la manter o monopólio paterno a esse respeito? Estabelecer limites, como o faz o diploma civil, não implica violar esse direito? Não estaremos violando o bem do menor?

Além disso, estabelecer prazo de decadência, abrindo exceção ao princípio da imprescritibilidade das ações de estado, como fazia o Código Civil, não é totalmente incompatível com a nova ordem constitucional? Se é possível a prova científica, não será inibi-la circunscrever a ação aos casos previstos no art. 340 do Código Civil?

O STJ já se posicionou a esse respeito. Entendeu que a verdade sobre a paternidade é um legitimo interesse da criança, um direito que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustar. Sustentou que saber a verdade sobre a paternidade é direito sagrado, e que, em ação de impugnação de paternidade é o direito do menor que se acha em jogo. Lembra que Constituição Federal assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito.

220 MARCO AURELIO S. VIANA

Adverte para a tutela do bem do menor, que hoje se destaca de forma indiscutível, e se sobreleva sempre. E diz mais: não se pode inibir a produção de provas científicas existentes e admitidas, apoiado em precedentes do STF e do próprio STJ, e não se deve mais ficar atado a normas ultrapassadas em detrimento da verdade real. O voto do Rel. Min. Sálvio de Figueiredo foi acompanhado pelo Min. Athos Carneiro, que ressaltou ser bastante o adultério da mulher quando comprovado pelos exames genéticos que a ciência moderna proporciona em auxílio do jurista. Lembrou, ainda, que o Pretório Excelso tem admitido interpretação não restritiva do art. 340, quando notória a separação de fato, e não separação legal, como anuncia o seu inciso II. Divergiu o Min. Barros Monteiro, com voto vencido, sustentando que só cabe a negatório nos casos elencados no art. 340 do Código Civil. Em aval de sua tese lembra inexistir qualquer interpretação doutrinária ou jurisprudencial que abone a tese vencedora.

A nosso ver, melhor o entendimento esposado pelo voto vencedor. A inexistência de doutrina, apoiando o entendimento do relator prende-se ao fato de se tratar de matéria nova. Mas agora ela começa a ser ventilada, como já vimos e estamos abordando. Em verdade, por todos os motivos que elencamos não resta qualquer dúvida que a pretensão pode ser deduzida independentemente da ocorrência das hipóteses previstas no art. 340 do Código Civil, pois a alegação poderá ser corroborada pelo adultério, pela confissão materna e pelo exame científico que se fizer. Além disso, não vemos obstáculo para que o próprio menor acione o pai

legal, negando a paternidade, pois se trata de exercício de direito à dignidade. Certamente por isso é que a Lei n. 8.560/92 não repetiu a segunda parte do art. 362 do diploma civil, pois a nova ordem é mais favorável ao menor.

Ponderamos, por derradeiro, que prevalece a imprescritibilidade, porque a prescrição é incompatível com as ações de Estado e só se justificava no sistema anterior do Código Civil, situação que não mais persiste.

## & 6 AÇÃO DE PROVA DE FILIAÇÃO

O art. 350 do diploma civil contemplava a ação de prova da filiação legítima, também conhecida como ação de reclamação de estado,

Mereceu destaque as considerações do Subprocurador-Geral, Prof. Osmar Brina, que se transcreve: "Saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustar".



ação de verificação de estado, ação de vindicação do estado de legitimidade. O que se perseguia era o reconhecimento da qualidade de filho legítimo de seus pais, que lhe negavam essa legitimidade. Com a nova ordem legal, fruto da orientação imprimida pelo § 6º do art. 227 da Carta Magna, o citado art. 350 perde eficácia. O reconhecimento da filiação repousa no fato biológico, perdendo o vocábulo legítimo o significado jurídico. Por via de conseqüência, é atingido o art. 351, também.

## & 7 AÇÃO CONTRA O VÍNCULO DA MATERNIDADE

Nada impede que seja aforada ação visando provar que o filho não nasceu da mulher casada.

Denomina-se esse feito de impugnação de legitimidade e era manejado contra os supostos pais ou a mulher, quando viúva. Em que pese não haver mais filiação legítima, é possível que haja interesse em se atacar o vínculo da maternidade. Os fundamentos variam: falta de identidade entre a criança nascida da mulher e a pessoa que ostenta a condição de filho. É o caso de substituição de recém-nascido; simulação de parto: o filho não nasceu da esposa: falsidade instrumental

ou ideológica do assento do nascimento, em que a pessoa passa por filha do casal e não o é. Esta última hipótese é muito comum, porque casais sem filhos têm lançado mão dessa solução.

Trata-se, ainda, de ilícito penal; nascimento do filho mais de trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal.

A ação é imprescritível e pode ser exercida por qualquer pessoa.

& 8 PROVA DE FILIAÇÃO

Na primeira edição sustentamos que o art. 347 do Código Civil perdeu eficácia, porque chocava-se com a vedação introduzida pela Constituição Federal de 1988, que proíbe designações discriminatórias relativas à filiação e assegura aos filhos os mesmos direitos e qualificações. O

dispositivo em questão enunciava que a filiação legítima provava-se pela certidão do termo de nascimento, inscrito no Registro Civil. Com o advento da Lei n. 8.560/92 o artigo em consideração foi revogado por força do art. 10 da lei especial.



O art. 348 do Código Civil estatui que ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. Em outras palavras: ninguém pode pretender estado diferente do que consta do registro de nascimento, a menos que tenha havido erro ou falsidade, militando a força probante do registro em favor do inscrito.3"

Cuida-se de presunção iuris tantum, que cede nas hipóteses que o dispositivo indica. Cuida-se de ação declaratória de inexistência de filiação, para a qual está legitimado o filho, assim como qualquer interessado. Exemplo: certa pessoa comparece a cartório e declara o nascimento de uma criança, filha legítima do declarante e de sua mulher, quando o evento não se verificou. Há uma falsidade com a alteração da verdade material das declarações.

O registro pode ser atacado mediante processo contencioso, nos termos do art.113 da Lei n.

6.015/77 (Lei dos Registros Públicos).

& 9 A LEGITIMAÇÃO

O Código Civil disciplinava, nos arts. 352 a 354, o instituto da legitimação. Ela fazia desaparecer a ilegitimidade originária, ensejando aos pais reparar a falta de casamento e de obter, pelo subseqüente matrimônio, uma posição familiar regular por parte do filho. Era o meio jurídico de tornar legítimos os filhos, que não o eram por terem sido gerados fora do casamento. Tratava-se de herança do direito romano, onde surgiu para combater o concubinato, e, mais particularmente, dentre as modalidades existentes, a legitimação per subsequens matrimonium.

Com a norma constitucional que manda sejam afastadas as discriminações, e que coloca no mesmo plano os filhos havidos ou não da relação de casamento, o instituto perde sentido.

Atinge-se, também, o art. 29, § 1º, c, da Lei n. 6.015/77.

Capítulo 16 - DA FILIAÇÃO FORA DO CASAMENTO

Sumário

1 Direito anterior

# 2 A nova ordem legal

3 Reconhecimento voluntário

4 Ação de investigação de paternidade

5 Ação de investigação de maternidade

# 6 Efeitos

& 1 DIREITO ANTERIOR

No estudo realizado a respeito da filiação no casamento, observamos que a Constituição Federal introduziu a paridade entre os filhos, o que implicou fim das discriminações anteriores. Os filhos nascidos fora da relação de casamento têm os mesmos direitos daqueles havidos de pais casados. Têm as mesmas qualificações, e estão proibidas as designações discriminatórias (§ 6º, art. 227). Assim, pouco importando a situação dos genitores, filho é sempre filho.

No direito anterior considerava-se filhos ilegítimos aqueles nascidos de pais entre os quais inexistia vínculo matrimonial. Conheciam a seguinte classificação: a) naturais: nascidos de genitores entre os quais não há impedimento matrimonial à época da concepção, seja decorrente de parentesco ou casamento anterior; b) espúrios: nascidos da união entre homem e mulher entre os quais havia um dos impedimentos acima apontados, por ocasião da concepção. Subdividiam-se em incestuosos, quando o impedimento era parentesco natural, civil ou afim; adulterinos, se havia casamento anterior de um dos genitores.

Em que pese a paridade legal, os filhos havidos fora do casamento não têm a seu favor a presunção de paternidade, que favorece os filhos nascidos de pais casados. No casamento, como estudamos, provada a filiação materna, a paternidade decorre naturalmente, pela presunção: pater vero is est quem nuptiae demonstrant. Em se tratando de filho fruto de relação fora do casamento, a fórmula é diversa: pater semper in certus. Maternidade e paternidade são independentes. Provada aquela, esta pode permanecer ignorada.

Os filhos extramatrimoniais dependem de prévio reconhecimento, que pode ser voluntário, quando decorre de livre vontade dos pais, ou de um deles, ou coativo, que resulta de sentença judicial. Assim,



enquanto a paternidade, em se tratando de filho nascido de pais casados, obtém-se opes legis, pelo fato em si do casamento dos pais aquele cujos pais não estão ligados pelo vínculo matrimonial depende de ato voluntário e espontâneo, em

que se confessa e atesta uma verdade até então ignorada, ou de declaração judicial, após investigação que se realiza judicialmente.

Os filhos naturais podiam ser reconhecidos pelos pais, em conjunto ou separadamente. Era a regra do art. 355 do Código Civil, que devemos entender, hoje, de forma ampla, já que caiu a vedação quanto aos filhos adulterinos e incestuosos. Mas os filhos adulterinos e os incestuosos conheciam restrições, por força do art. 358, hoje revogado pela Lei n. 7.841/89. O rigor do citado art. 358, que mereceu críticas de Clóvis Beviláqua, foi abrandado pela Lei n. 4.737/42, que permitiu o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio, depois do desquite. Admitia-se o reconhecimento voluntário e o coativo. A interpretação caminhou no sentido de serem contemplados todos os filhos fora da relação de casamento, alcançando os adulterinos em geral.

Com a Lei n. 883/49 venceu-se uma outra controvérsia. Havia quem sustentasse que o art. 1º da Lei n. 4.737l42 alcançava apenas a dissolução da sociedade conjugal por morte ou pela anulação.

A Lei n. 883/49 dispôs que era possível o reconhecimento voluntário ou coativo do adulterino, uma vez dissolvida a sociedade conjugal. Admitia-se que o filho acionasse o pai, em segredo de justiça, para obter alimentos, apurando-se a filiação apenas para fins de alimentos. Os incestuosos não podiam manejar a investigação de paternidade, embora houvesse quem sustentasse que eles podiam demandar para apurar a filiação visando alimentos.

No campo do direito sucessório, o adulterino, se fosse o único herdeiro da classe dos descendentes, herdava a totalidade dos bens deixados pelo seu genitor, a menos que tivesse morrido sem testamento e houvesse sido casado pelo regime de separação de bens. Nesta hipótese, se fosse o único descendente, herdava a metade dos bens. Se concorria com irmãos legítimos ou legitimados, cabia-lhe igual quinhão.



## & 2 A NOVA ORDEM LEGAL

A paridade entre os filhos significa o derradeiro estágio na evolução operada em favor daqueles que nascem de relações extramatrimoniais. Isso implica perda de

eficácia de alguns dispositivos do Código Civil, da Lei n. 883/49 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os arts. 355 e 357, que cuidavam da perfilhação foram atingidos, o que veremos no n. 3, infra.

O art. 358 foi revogado pela Lei n. 7.481/89.

O art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente foi revogado, o que examinaremos no n. 3, infra.

O art. 363 é atingido, devendo-se afastar a referência aos filhos ilegítimos e a restrição nele contida. Os filhos havidos fora do casamento podem demandar o reconhecimento da filiação, sem distinção de qualquer espécie. Perde eficácia o art. 364, que dispunha a respeito do reconhecimento da maternidade, pois o direito de demandar a maternidade e a paternidade estão no mesmo plano. O reconhecimento do estado de filiação se faz sem qualquer restrição (art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Foram revogados, também, os arts. 332, 337 e 347, todos do Código Civil, por força do art.10

da Lei n. 8.560/92.

Perdem eficácia os arts. 1º, 3º, 4º, 7º, 8º e 9ºda Lei nº. 883/49, por serem incompatíveis com a nova situação jurídica dos filhos extramatrimoniais.

& 3 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO

O art. 355 do Código Civil enunciava que "o filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais conjunta ou separadamente". No art. 357 o diploma Civil indicava as formas do reconhecimento voluntário, que eram: a) no próprio termo de nascimento; b) mediante escritura pública; c) por testamento.

Posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13/7/90) voltou ao tema e, no art. 26, repetiu a norma dos arts. 355 e 357 do diploma civil, acrescentando que o reconhecimento poderia se fazer, também, por outro documento público.

No direito francês operou-se significativa evolução com a Lei de 3 de janeiro de 1972, desaparecendo a distinção entre natural simples, adulterino ou incestuoso, tomando-se a denominação filho natural, com reflexos no campo do reconhecimento da paternidade. V.

JUGLART, Michel de. Cours de droir civil, t.1, p. 472; DUPONT Delestraint. Droit civil p. 108.



Finalmente, veio a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. A Lei especial, no art.1º, depois de estatuir que o reconhecimento é irrevogável, elenca as formas de reconhecimento voluntário, que se dá:

a) no registro de nascimento;

b) por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; c) por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

d) 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.

A nosso ver perderam eficácia os arts. 355 e 357, ambos do Código Civil, e o art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que a Lei n. 8.560/92 esgotou a matéria que era antes regulada pelo diploma civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O reconhecimento voluntário ou perfilhação é ato eminentemente pessoal que emana dos pais, ou de um só deles, conforme seja paterna ou materna. Reclama-se aptidão natural para saber o que se faz. Os interditados e os que sofrem notoriamente das faculdades mentais não estão autorizados ao reconhecimento. Os relativamente incapazes não precisam de assistência de pai, ou de tutor. Mister esclarecer, contudo, que se lhe falta capacidade para comparecer em ato autêntico (escritura pública), sem assistência, a restrição não afeta o reconhecimento por via testamentária, porque o testamento pode ser feito por menor púbere, sem assistência (art. 1.627

do CC). Com pertinência ao assento de nascimento, sendo relativamente incapaz

o declarante, não há proibição, porque o assento de nascimento atesta um fato, que não é vedado ao menor relativamente incapaz. Trata-se de ato declarativo, porque temos a demonstração da filiação. O pai ou a mãe faz uma declaração de que gerou o filho. O reconhecimento não estabelece o laço entre pai e filho, que resulta da geração, mas apenas constata a filiação.



O ato é formal, porque está submetido à forma prescrita em lei. Cumpre-nos o exame das formas de perfilhação contempladas pelo direito positivo pátrio.

a) Termo de nascimento - Em se tratando de reconhecimento lançado no próprio termo de nascimento, quem faz a declaração comparece perante o Registro Civil, manifesta sua vontade e apõe sua assinatura, pessoalmente, ou por procurador. Se a mãe indica o pai, o seu nome não pode ser registrado, nem vale como confissão paterna (art. 59 da Lei dos Registros Públicos). A paternidade só é lançada no registro quando o pai comparece, declara e assina, na presença de testemunhas.

b) Escritura pública - É possível o reconhecimento por escritura pública, lavrada por tabelião competente, em suas notas, com observância das formalidades legais. É irretratável desde o lançamento da assinatura do declarante e das testemunhas. Não se reclama que a declaração seja o objeto específico do instrumento, podendo-se fazer de modo incidente ou acessório, em qualquer ato notarial, mas de forma explícita e inequívoca. É bastante que se faça perante pessoa que tenha fé pública, pelo que vale a declaração constante de termo judicial.

c) Escrito particular - Estudando a espécie, João Baptista Villela, pondera, com propriedade, que se ganha em facilidade para o reconhecimento, mas há perda quanto à segurança do ato.

Reconhecendo que a forma pública é onerosa e menos expedita, o doutrinador entende que ela cobra maior teor de determinação, conselho e prudência na emissão da vontade, a par da estabilidade e firmeza do ato. Conclui que há bons motivos para não se ter por sábia a opção do legislador.

Pertinente a crítica. O escrito particular sempre foi admitido como subsídio para

a ação de investigação de paternidade.

O escrito particular deverá conter os mesmos requisitos reclamados para a escritura pública, trazendo a qualificação do declarante, do filho, ou seja, é indispensável que seja possível aquilatar que se busca estabelecer a filiação. A perfilhação deve ser o objeto específico do escrito, porque se



perde muito em segurança e estabilidade. Admiti-la de modo incidente ou acessório, como se dá com a escritura pública, é ensejar manobras.

O escrito particular será levado ao Registro Civil das Pessoas Naturais, para averbação (art.

29, § 1º, da Lei n. 6.015/73), ficando arquivado.

d) Testamento - O testamento é forma hábil ao reconhecimento voluntário.

Escolhida a forma pública, sua revogação não atinge o reconhecimento, valendo como escritura pública de reconhecimento. Se é adotada a forma particular, o cerrado, a revogação não prejudica como escrito do perfilhante servindo de prova em ação em que se demande a filiação. O

§ 1º do art. 1 da Lei n. 883/49, com a redação da Lei n. 6.515/77, estatuía que o filho podia ser reconhecido por testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento, que era, nesta parte, irrevogável.

A nulidade do testamento não implica invalidade do reconhecimento, a menos que venha a atingir a declaração de vontade no aspecto intrínseco, como se dá no caso de demência do testador. O reconhecimento voluntário é irrevogável. É uma confissão com caráter declarativo, de onde deflui a irrevogabilidade, que só se atinge se inquinada de vício ou defeito. É o que se passa quando há incapacidade do perfilhante, é possível provar a impossibilidade do vínculo da filiação, dentre outras hipóteses, como o erro ou a coação.

A Lei n. 8.560/92, quando dispõe a respeito do reconhecimento por testamento, diz que ele vale ainda que incidentalmente manifestado. Examinando a espécie, já se observou que apesar da má qualidade sintática da construção, o que o

dispositivo legal persegue é deixar claro que o reconhecimento pode ser manifestado incidentalmente, o que, em verdade, sempre foi admitido.

e) Manifestação expressa e direta perante o juiz - O Estatuto da Criança e do Adolescente já contemplava a espécie, porque falava em documento público (art. 26). Ora, a manifestação perante o juiz, tomada a termo, converte-se em documento público.

No estudo do tema, Orlando Gomes já sustentava que produzia o mesmo efeito da escritura pública a declaração constante de termo judicial, por se tratar de confissão perante pessoa que tem fé pública.



O reconhecimento sob essa forma não precisa ser o objeto principal e único do ato que o contém.

A perfilhação pode preceder ao nascimento, mas o filho já deve estar concebido, caso contrário ficaria sem objeto.

É possível que se faça após a morte do filho, se ele tiver deixado descendência.

O reconhecimento do filho maior demanda seu consentimento, mas é dispensável sua manifestação simultânea, podendo ter lugar posteriormente. Admite-se que o consentimento seja provocado por terceiro. Se o filho não consente, o ato é nulo de pleno direito.

O art. 4o da Lei n. 8.560/92 estatui que "o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento". Essa regra já estava na primeira parte do art. 362 do Código Civil. Na sua interpretação Clóvis Beviláqua ensina que o reconhecimento interessa ao perfilhado de maneira direta, para atribuição de um estado civil, que pode não lhe convir, pois, ao lado dos direitos e vantagens que daí decorrem, encontramos deveres e a criação de direitos para o perfilhante.

Reportando-se à lição citada, Caio Mário da Silva Pereira sustenta que a anuência do perfilhado é complementar ao ato.

O legislador, repetindo a primeira parte do art. 362 do diploma civil, não fugiu do sistema em vigor até o advento da lei especial. Os efeitos morais e materiais

de relevância, que a perfilhação envolve, continuam de pé. No campo moral o reconhecimento vai estabelecer relação de parentesco entre perfilhante e perfilhado, enquanto, no campo material, gera relações sucessórias e obrigações alimentícias, com caráter recíproco. Pode ser constrangedor para o filho ver proclamado um parentesco que o humilha e o desagrada (principalmente se tal fato não corresponder à

verdade), sem contar os inconvenientes no campo patrimonial.

Se em relação ao filho maior nada mudou com a lei especial, o mesmo não se pode dizer em relação ao filho menor. A Lei n. 8.560/92, no art. 4º, não repetiu a segunda parte do art. 362, que lhe permitia impugnar o reconhecimento nos quatro anos que se seguiam à maioridade ou à emancipação. O prazo era de decadência. A ação denominava-se ação de contestação de reconhecimento.

232 MARCO AURELIO S. VIANA

No exame da espécie já se firmou que a revogação assevera-se irrefutável, acrescentando pontos negativos à lei.2fi

É bem verdade que o art. 10 dispõe a respeito da revogação de alguns artigos do Código Civil, mas não se reporta ao art. 362. No art.10 temos revogação expressa, porque a lei nova declara taxativamente o texto que revoga. Mas, ao lado dessa forma de revogação, temos a tácita, de que cuida o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil, que oferece critério legal para sabermos se houve ou não revogação. A solução não fica a critério do intérprete. Traria perplexidade e seria inoportuno que duas leis que se contradigam continuassem a vigorar.

A Lei n. 8.560/92 esgotou a matéria relativa à filiação, revogando o art. 362.

A fissura aberta no sistema não se justifica. No estudo do art. 362 do Código Civil a melhor doutrina manifestava-se em um só sentido, reconhecendo que a gravidade da matéria para o indivíduo justifica a solução do diploma civil.

Não nos parece, contudo, que o menor tenha ficado desamparado.

Melhor seria que a espécie viesse em texto expresso de lei. Mas os princípios que informam a espécie no direito positivo asseguram a tutela adequada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor a respeito da colocação em família substituta, que se faz por guarda, tutela ou adoção, determina que, sempre que possível, a criança ou adolescente deverão ser previamente ouvidos e suas opiniões devidamente consideradas (art.

30, § 1º). Na hipótese de adoção, se tiver mais de doze anos de idade, será necessário o seu consentimento (art. 45, § 2º).

A adoção disciplinada pelo Estatuto é um fictio iuris, que estabelece uma relação de parentesco, que independe do fato natural da procriação. É manifestação da desbiologização da paternidade; no campo pessoal, ela introduz o adotado na família do adotante de forma completa, cessando a filiação biológica. O vínculo que se estabelece é "irrevogável", e o adotivo é em tudo igual aos filhos nascidos no casamento ou fora do casamento.

É curioso que, para um ato de tão grande alcance o Estatuto reclame e exija o consentimento do maior de doze anos, e em outra lei tenhamos



solução que colide frontalmente com o avanço que aquele significou. Se para deixar sua família de sangue e ser admitido em outra família, pelo instituto da adoção, é indispensável o consentimento do menor, por que em matéria de perfilhação é diferente?

Resta ao perfilhado, ajuizar ação de investigação de paternidade, apoiado no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porque o estado de filiação pode ser reconhecido a qualquer tempo, sem qualquer restrição. Em matéria de filiação o direito ao reconhecimento do estado de filiação não conhece restrições.3o Provada a paternidade o registro de nascimento anterior é cancelado.

O reconhecimento não será subordinado a condição ou termo (art. 361 do CC).

Reconhecido o filho havido fora da relação do casamento, procede-se ao registro, sem discriminação ou qualificação. O assento não fará referência à ilegitimidade, o que não constará, também, das certidões (art.

5º da Lei n. 8.560/92).

Não há obstáculo, outrossim, a que o homem casado reconheça filho havido fora do casamento.

Efeitos - O reconhecimento tem efeito retroativo (ex tunc), ou seja, remonta à data do nascimento, ou mesmo de sua concepção. Ele tem cunho declarativo, porque temos uma vinculação à filiação biológica, que lhe é subjacente, atribuindo-se ao filho direitos e deveres fundados na relação de paternidade, que de biológica converte-se em jurídica.

É absoluto, tendo validade erga omnes, ou seja, vale tanto entre as partes ou interessados diretos, como em relação a terceiros. É indivisível, porque outra solução levaria à incerteza na qualificação. Uma pessoa não pode ser filho parcialmente ou por certo tempo. Assim, como estado é uno, o estado de filiação, que decorre do reconhecimento, também o é. É incondicionado, não se podendo subordinar a condição ou termo, como já vimos. É irrevogável, ou seja, "uma vez pronunciada a declaração volitiva de reconhecimento, ela se desprende do foro interior do agente, para

adquirir a consistência jurídica de um ato perfeito".



Os efeitos são de ordem pessoal e patrimonial. Os filhos havidos fora do casamento estão em tudo equiparados aos filhos nascidos em relação matrimonial. Podem pedir alimentos e concorrem à sucessão.

Com pertinência ao pátrio poder, o filho fica sob o poder genitor que o houver reconhecido.

Não nos parece que continue a prevalecer a parte final do art. 360 do Código Civil, que atribui ao pai o poder na hipótese de reconhecimento por ambos os progenitores. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, razão pela qual não se justifica que o pai goze de qualquer privilégio. Além disso, deve prevalecer o "bem do menor". Se a perfilhação se faz apenas por um dos progenitores, o perfilhado só poderá residir no lar conjugal com o consentimento do outro (art. 359 do CC). Usará o nome paterno.

## & 4 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A tutela do estado civil conhece remédios específicos: as denominadas ações de estado. Entre elas temos a ação de investigação de paternidade, que envolve o estado relativo à filiação, tendo por fundamento o estado de filho. Se o reconhecimento não se faz espontaneamente, a filiação pode ser investigada judicialmente, por meio da ação em estudo." O filho vem a juízo esclarecer quem é seu pai.

O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Nesse sentido o enunciado do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, acolhendo o que já estava na doutrina e na jurisprudência, em que pese as vacilações em relação à imprescritibilidade. Realmente estabeleceu-se polêmica a respeito da imprescritibilidade da ação investigatória, encontrando-se, na doutrina e na jurisprudência, defensores das duas posições, ou seja, há quem sustente ser prescritível e quem se coloque em sentido oposto. Sem razão aqueles que defendem a prescritibilidade porque confundem a ação de estado e os efeitos da sentença exarada nessas ações. Sendo o estado imprescritível, como já estudamos, o direito de ação que visa à obtenção do estado de filho conhece o mesmo

caráter. Os efeitos patrimoniais é que prescrevem, como de resto todo direito desta espécie.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

É indisponível, porque não admite transferência ou transação. São indeclináveis, porque são emanações da personalidade.

Sendo a legitimação ativa deferida apenas ao filho, é direito personalíssimo.

Prosperou o sistema permissivo do reconhecimento judicial, apoiado na existência do vínculo de sangue, deixando de reconhecer apenas o parentesco materno, como se passava no direito romano anterior às Novelas.

O reconhecimento compulsório da paternidade é hoje aceito universalmente, vencidos os preconceitos do passado, que levaram à proibição ou a restrições.

Com a paridade dos filhos que a Constituição Federal consagrou, abriu-se campo à ampla investigação da paternidade e da maternidade. Não vamos nos deter no estudo da evolução do direito de reconhecimento do estado de filiação. Lembramos apenas que o Código Civil pátrio tem suas raízes sociológicas no Século XIX, refletindo a situação social então vigente. Se examinarmos os sistemas jurídicos do século passado veremos que os filhos naturais conheciam tratamento díspare. O Código Civil italiano de 1865 admitia o reconhecimento espontâneo dos filhos naturais (não incestuosos ou adulterinos), mas vedava a pesquisa da paternidade. O Código Civil português de 1867 proibia a investigação da paternidade, abrindo exceção para as hipóteses de escrito do pai, posse de estado e estupro ou rapto coincidente com a concepção. Admitia o reconhecimento espontâneo, menos dos espúrios. O Código chileno admitia o reconhecimento dos ilegítimos, mas a investigação da paternidade somente para fins de alimentos. O Código argentino de 1860 admitia a pesquisa paternal. O Código uruguaio somente consentia na investigação nas hipóteses de rapto ou violação. Mas é no século passado que se inicia a luta em benefício dos filhos bastardos com Luarenta, Cimbali, e, entre nós, Clóvis Beviláqua. A jurisprudência francesa amplia as hipóteses de

"sedução por promessa de

casamento", abuso de autoridade e manobras dolosas. O movimento liberal refletiu no campo legislativo e pouco a pouco temos uma significativa tutela dos

filhos havidos fora do casamento.

Nessa linha a lei francesa de 16 de novembro de 1912, disciplinando a investigação de paternidade com efeitos de ordem moral (pátrio poder, etc.), alimentos e sucessão. A lei portuguesa de 25 de dezembro de 1910 permite, também, a investigação da paternidade.



No Brasil, Clóvis Beviláqua advogou a causa dos filhos naturais. O diploma civil acolheu a investigação compulsória, mas com restrições aos adulterinos e os incestuosos, em nome da paz doméstica, que prevaleceu

sobre a dignidade pessoal.

A tendência moderna é a prevalência, é a abertura dos ordenamentos jurídicos atuais para o critério da verdade biológica em detrimento daquele outro que é o da verdade legal. Nessa linha o Código Civil português dispõe que nas

ações relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames hematológicos e quaisquer outros meios cientificamente comprovados.

O Direito quer que o pai biológico seja o pai jurídico. Mãe é aquela que ofereceu o óvulo e o ventre; pai é aquele cujo esperma fecundou o óvulo. Observamos, contudo, que no direito holandês é possível que a paternidade não repouse em base biológica, por ser o ato de reconhecimento constitutivo e não declaratório. Como a mãe pode vetar o reconhecimento, é viável a subtração da paternidade do determinismo biológico da reprodução. Evidencia-se a desbiologização da paternidade.

Dentro dessa linha de coincidência da paternidade legal com a verdade biológica o Estatuto da Criança e do Adolescente admite que o reconhecimento do estado de filiação se faça sem restrições. A solução está em consonância com a regra constitucional da paridade entre os filhos.

A Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989, atingiu o art. 358 do Código Civil, afastando as discriminações que existiam em relação aos adulterinos e incestuosos. A Constituição Federal já havia promovido a plena igualdade entre os filhos havidos ou não no matrimônio. Estabeleceu, ainda, como

dever da família, da sociedade e do Estado a tutela do "bem do menor" - the best interest of child do direito americano; o kindeswohl do direito germânico -, que podemos resumir como a prevalência do interesse do menor, permitindo-lhe o desenvolvimento integral, que vai além de sua maturidade biológica, senão como verdadeira e integral autosuficiência.

Não se pode negar que estamos diante de uma nova ordem em matéria de filiação, tendo havido um deslocamento da tutela jurídica no âmbito do direito de família. A disciplina jurídica da família e da filiação antes se voltava para máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família um bem em si mesmo. Hoje mantém-se inalterada a importância da família para a formação da personalidade do indivíduo, mas prevalece a tutela da dignidade humana.



A toda evidência que não se pode mais solucionar questões envolvendo a filiação sem ter em mente as transformações havidas.

A Lei n. 8.560/92, dispondo a respeito da investigação da paternidade, traz inovações, que passaremos a estudar.

O juiz procedendo de ofício - A Lei n. 8.560/92 introduz no direito pátrio a figura da

"averiguação oficiosa da paternidade". Ela é conhecida do direito português.

A lei especial determina ao oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais, havendo registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, que ele remeta ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação. Recebida a notificação, a atuação do juiz tem o seguinte território:

a) em qualquer caso mandará notificar o suposto pai, independente do seu estado civil. A referência ao estado civil afigura-se desnecessária, não apenas em decorrência da paridade entre os filhos, mas, também, porque o art. 358 do Código Civil foi revogado pela Lei n. 7.841/89. Além disso, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite a investigação da paternidade sem

restrições;

b) a notificação se faz para que o indigitado pai se manifeste a respeito da paternidade que lhe é atribuída. O juiz atua de ofício, conduzindo sindicância que se fará em segredo de justiça se ele entender necessário. O suposto pai será notificado para que, em trinta dias, se manifeste a respeito da paternidade que lhe é atribuída. Com a notificação três caminhos são oferecidos ao suposto pai:

1. ele comparece e nega a paternidade; ou

2. não atende à notificação; ou

3. confirma a paternidade.

Nas duas primeiras hipóteses, o juiz simplesmente remeterá os autos ao Ministério Público.

Nada mais lhe cabe fazer.

Se o notificado comparece e admite a paternidade, lavra-se termo de reconhecimento, e é remetida certidão ao oficial do registro para que proceda à averbação.

O juiz ouvirá a mãe, sempre que possível.

238 MARCO AURELIO S. VIANA

A atuação do juiz é por demais singela e não se justifica impor-lhe mais uma atribuição, quando sabemos da carga de trabalho que a Justiça enfrenta. Até mesmo ouvir a mãe do menor assevera-se pouco provável, quando as pautas estão sempre sobrecarregadas.

No que diz respeito à competência para recebimento do expediente do oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais, a lei se omite. No Estado de Minas Gerias a Instrução n. 207/93 da Corregedoria de Justiça traçou a seguinte orientação:

a) na Comarca de Belo Horizonte e naquelas em que houver Vara de Registro Público, a remessa da certidão do registro com as informações exigidas por lei é feita para os Juízes das Varas dos Registros Públicos (Lei n. 7.655, de 21/12/79,

arts. 73, § 1º, II, e 72, XLIII); b) nas demais comarcas do Estado a remessa do expediente se faz para os Juízes de Direito com competência civil (art. 72, XLIII, da lei supracitada).

No Estado de São Paulo o encaminhamento se faz ao Juiz-Corregedor Permanente do Ofício do Registro Civil (Provimento n. 494, de 28 de maio de 1993).

A solução encontrada pela lei especial fere a tradição do direito processual civil, porque o poder-dever do Estado declarar o direito esteve vinculado à iniciativa da parte. É o que se colhe nos arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil. A jurisdição deve ser provocada, o que está no

"princípio da demanda". (Ne procedat iudex ex officio e nemo iudex sineb actore). Nas poucas hipóteses em que o juiz atua de ofício, como se dá, por exemplo, com o início do inventário, o que orienta a solução é a utilidade do ato.

Na "averiguação oficiosa da paternidade" não se vislumbra esse cunho de utilidade, porque ele preside uma sindicância a respeito da filiação, atuando a partir de uma alegação feita ao oficial do Registro de Pessoas Naturais. Nada se decide, nem se pratica qualquer ato que justifique a atribuição dada pela lei especial.

Sob o aspecto prático surge um novo problema, especialmente nas comarcas do interior, em que o juiz que preside a averiguação é o mesmo que irá dirimir a controvérsia: não se poderá argüir sua suspeição?

Legitimação ativa e passiva - Consagrada a paridade entre os filhos, desapareceram as distinções que informavam o direito anterior. Os filhos adulterinos, como enfatizamos, conheciam posição de inferioridade, porque só podiam pedir o estado de filho após a dissolução da sociedade conjugal, se o pai fosse casado. Na constância do casamento do genitor investigava-se a paternidade visando apenas alimentos. Os filhos incestuosos CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

ficavam afastados, embora, como encarecido, houvesse entendimento que lhe permitia a investigatória para fins de alimentos. Atualmente, com a nova ordem instituída pela Carta Magna, as restrições e discriminações desaparecem do universo jurídico pátrio. O filho extramatrimonial está em pé de igualdade com aquele gerado na constância do casamento. O filho poderá pedir a obtenção do estado a qualquer tempo.

A ação de investigação de paternidade é privativa do filho. Se ele morre antes de iniciá-la, seus herdeiros e sucessores ficam inibidos para o ajuizamento. Se a instância estiver instaurada, eles têm legitimação para continuá-la. Por isso é que o direito é personalíssimo. Se menor, o ius actionis será exercido representado pela mãe ou tutor.

A legitimação passiva é do pai ou dos seus herdeiros, se aquele é falecido. No direito francês entende-se que a ação poderá ser intentada contra menor, representado por quem tenha esse poder. Não vemos obstáculo a essa solução no direito pátrio. Ponderamos que há julgado que entende inexistir legitimidade passiva com pertinência a herdeiros de herdeiros, porque não representam o defunto. Vemos com reserva a tese, especialmente quando consideramos que o direito ao status é de extrema importância, não havendo razão para a distinção, que o texto legal não apóia, pois fala em herdeiros, sem maiores indagações.

Estaríamos admitindo uma restrição que merece ser espantada.

O § 4º do art. 2º da Lei em estudo, atribui ao Ministério Público, por seu representante, o direito de ajuizar a ação de investigação de paternidade. No § 5º estatui que a iniciativa conferida ao Ministério Público não impede quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando obter o pretendido reconhecimento.

A nosso ver é inconstitucional o § 4º do art. 2º, tese essa que demonstraremos.

Há quem sustente que a legitimidade ad causam do Ministério Público repousa no art.127 da Constituição Federal. Segundo quem assim pensa, a Lei Maior atribui ao Parquet a defesa dos direitos individuais indisponíveis.

Não nos parece que seja assim.

O art. 127 da Lei Maior fala em "interesse". Não se confundem "direito" e "interesse" na dogmática jurídica moderna. No direito temos



uma "esfera de poder", submetida ao senhorio da vontade, que a ordem jurídica reconhece, permitindo a defesa direta pelo indivíduo. Já no interesse apresenta-se um dever cuja observância é de interesse geral, que o Estado impõe e fiscaliza. Quando os interesses do indivíduo se consubstanciam nas permitidas manifestações de sua vontade autônoma, apresentam-se como direitos.

Se, no entanto, o interesse particular do indivíduo é tutelado pelo preceito estatuído no interesse geral, sua proteção se faz de modo reflexo, mas não se caracteriza como um direito, porque o interessado não dispõe da faculdade de compelir quem o contraria a observar a norma, nem da faculdade de liberá-lo do seu dever. As disposições que atribuem ao indivíduo uma esfera de poder derivam de direitos subjetivos, enquanto das que estabelecem deveres a serem observados no interesse geral, não nascem para o indivíduo direito algum, na acepção do vocábulo.

Não discrepa J. Cretella Júnior, ensinando que há "interesses", individuais e sociais, que admitem livre disposição pelas pessoas e a coletividade em ofensa a outras pessoas ou a grupo de pessoas. E assinala: "interesse" não é "direito". É "pretensão" não respaldada em norma jurídica. Abordando o conceito de "interesses", assinala que "interesse indisponível" é a pretensão que o interessado não pode transformar em vantagem ou benefício usufruível. Concorrendo

"interesse indisponível", individual ou social, a ação do indivíduo ou do grupo cessa, já que existe pretensão, mas sem a respectiva ação assecuratória. É por isso que a regra jurídica constitucional transfere a defesa dos "interesses individuais e sociais indisponíveis" para a área de competência do Ministério Público.

Pensamos que o art. 127 da Constituição Federal não respalda a pretendida legitimação do Ministério Público. A ele cabe a defesa de "interesses", em que se destaca um dever que é de interesse geral, que o Estado impõe e fiscaliza,

atribuindo-lhe sua defesa. Já no

"direito" há ação que assegura ao titular a defesa direta. As figuras não se confundem.

O incapaz dispõe de quem o representa. A esse representante cabe a iniciativa, que é uma opção individual e que envolve o exercício de um direito personalíssimo. Não há interesse que se exercita de modo reflexo, nem pretensão sem ação assecuratória. Muito ao contrário o direito a ver reconhecido o estado de filiação é personalíssimo - e é o que está no art.



27 do Estatuto da Criança e do Adolescente -, havendo uma esfera de poder submetida ao senhorio da vontade, reconhecido pela ordem jurídica, e que o titular pode defender diretamente.

Além disso, intervindo nas ações de investigação de paternidade como custos legis, a toda evidência que há afronta ao art. 128, § 5º, II, b, da Lei Maior.

Examinando a espécie Caio Mário da Silva Pereira, jurista por todos respeitado, sustenta que é estranho, ou ilógico a competência do Ministério Público, mas como se trata de "competência", que é matéria de ordem pública, não vingaria nosso entendimento.

Não podemos acolher essa tese, porque a regra jurídica constitucional (art.129, IX, da Constituição Federal) permite que o Ministério Público exerça outras funções que lhe forem conferidas, desde compatíveis com sua finalidade. A nosso ver não existe qualquer compatibilidade entre suas funções institucionais e legitimidade ativa para ajuizamento de ação de investigação de paternidade. Suas funções institucionais envolvem o Ministério Público como instituição permanente, essencial ao fiel cumprimento da prestação jurisdicional do estado, envolvendo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Manejar ação de investigação de paternidade é estranho aos limites indicados, havendo inegável afronta à autonomia da pessoa humana e violação indiscutível ao instituto da representação.

Da livre investigação da paternidade - Dentro da linha de coincidência da

paternidade jurídica com a verdade biológica, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 27, enuncia que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.

A primeira observação que se deve fazer, no que concerne ao reconhecimento da paternidade, é que para aforar a ação é necessário que se saiba a maternidade, ou que se venha a estabelecer essa relação. O pai é aquele que manteve relações sexuais com a mãe. Sem esta não se tem aquela.

O exercício da ação alcança todos os filhos, mesmo aqueles concebidos na constância do casamento.



Confrontando o enunciado do art. 27 com a norma contida no art. 363 do Código Civil, não é difícil constatar que houve significativo avanço. Na 1ª edição sustentamos a plena vigência do art.

363, e, por via de conseqüência, que prevalecia a enumeração taxativa contida no dispositivo legal.

O diploma civil estatuía que só se permitia litigar em juízo nos casos que o art. 363 contempla, e que eram: concubinato, rapto, relações sexuais no período da concepção e escrito do suposto pai, reconhecendo a paternidade. Parece-nos, contudo, que devemos rever nossa posição, alertados pela lição de Gustavo Tepedino, que, estudando a espécie, observou que não mais se faz necessário prefigurarem as condições enunciadas no art. 363, desde que possa ser evidenciada a paternidade.

Efetivamente o art. 27 diz textualmente que o direito de ver reconhecido o estado de filiação pode ser exercitado sem qualquer restrição.

A nosso ver prevalece a livre investigação da paternidade, sem a necessidade da prova da existência dos pressupostos objetivos ou condições de admissibilidade anteriores, que o art. 363

consagrava. É importante notar que a solução esposada pelo Código Civil, que tem suas raízes sociológicas no Século XIX, estava em consonância com outros

sistemas jurídicos. Nesse passo o direito português antes da Reforma de 1977, onde se reclamava ao autor o dever de ultrapassar os obstáculos prévios semeados no seu caminho, demonstrando a presença de uma das condições enumeradas. Atualmente a situação é bem outra. Vigora o princípio da livre investigação, em que a prova da paternidade é ampla e irrestrita. O que se tem como avanço, também, é um sistema de presunções, previstas no art. 1.871 do Código Civil. Ocorrendo uma das hipóteses indicadas presume-se a paternidade, invertendo-se o ônus da prova. A Lei n. 8.560/ 92 deveria ter adotado o mesmo critério. Já temos defendido, mesmo em face do atual quadro legal, que seria possível adotar-se esse caminho no direito pátrio. No direito argentino a solução é a mesma. A investigação O art.1871 do Código Civil português estabelece o seguinte quadro de presunções: a) posse de estado; b) carta ou escrito do pretenso pai, em que declara inequivocamente sua paternidade; c) concubinato; d) sedução no período legal da concepção, sendo a mulher virgem e menor, ou se o consentimento foi obtido por abuso de confiança; e) promessa de casamento ou abuso de autoridade. Se o autor não se apóia em nenhuma dessas hipóteses, temos o que a doutrina denomina "ação de bica aberta". A prova é do autor, que deverá provar a coabitação e que ela foi a causa da geração.



é ampla e há o mesmo sistema de presunção, só que restrito ao concubinato e a posse de estado.

Isso não significa que seja bastante o exame de DNA. Ele é apenas uma das provas a serem produzidas, devendo o magistrado examiná-lo no contexto do processo, tema que examinaremos quando cuidarmos da prova em matéria de investigação de paternidade.

Prova - A prudência orientará o juiz para que ele não seja instrumento de aventuras audaciosas, mas não deixe de amparar as pretensões justas.

No campo das relações sexuais, a prova direta é sempre difícil, o que leva à prevalência dos indícios e presunções. A prova é indireta, circunstancial e indiciária. A prova testemunhal é admitida, mas sua avaliação exige cautela, porque os interesses em jogo podem sacrificar a verdade, sobretudo pelas amizades. As provas científicas têm lugar de destaque. É o que se passa com o exame de grupos sangüíneos e de proteínas do sangue, cuja margem de certeza é

de 98% e que servem apenas para excluir a paternidade.

Mais recentemente a Engenharia Genética desenvolveu a determinação da paternidade por

"impressões digitais" de DNA. Esse exame parte do princípio de que cada ser humano é geneticamente diferente de todos os demais, exceção feita aos gêmeos univitelinos. Estudando as moléculas de DNA (que são constituintes químicos dos genes), seria possível estabelecer as diferenças genéticas, determinadas pelos próprios genes. Temos uma espécie de "impressão digital genética", cuja confiabilidade, segundo especialistas, tanto para a exclusão como para a inclusão da paternidade

seria superior a 99,9999%.

A utilização do DNA merece algumas considerações. A primeira delas é que o exame é apenas uma das provas à disposição do interessado. O laudo será levado em consideração no contexto das provas testemunhais produzidas.

A doutrina distingue entre a ação havendo casamento e fora do casamento. Se há casamento, o autor deverá provar que ele foi concebido durante sua existência, vindo sentença que constituirá seu título de estado; se não há matrimônio, deve provar o fato da geração, com ampla investigação ou apresentando circunstância que permitam inferi-la.



A nosso ver o autor não poderá se louvar apenas no laudo, mas deverá provar que houve relacionamento sexual entre sua mãe e o suposto pai no período da concepção. A prova mediante exame pelo método de DNA não pode ser acolhida quando está isolada. A solução é correta, porque o que o exame oferece é confiabilidade. E confiabilidade e/ou probabilidade não é certeza. Como já foi firmado "a confiabilidade é ato subjetivo, de conteúdo muito relativo, enquanto que a certeza é a conformidade do conhecimento com a realidade da coisa que se conhece. A intenção do perito no caso é de ter certeza absoluta e não apenas confiabilidade absoluta e/ou probabilidade absoluta, porque são dois termos que não admitem a seqüência absoluta, são conceitos relativos a si mesmos.

Cuidando-se de prova científica é indiscutível que possam as partes indicar assistente técnico (art. 421, § 1º, do CPC), que devem acompanhar toda a perícia.

Se para determinar a paternidade o exame pelo método de DNA sofre as restrições indicadas, o mesmo não se diga com relação à exclusão da paternidade. É pacífico que a prova hematológica tem força excludente.

Se já houver prova dessa natureza nos autos, é dispensável até mesmo o exame pelo método de DNA.

É possível que o réu não concorde em se submeter a exame pericial de DNA. Devemos ressaltar, inicialmente, que ninguém pode ser forçado a se submeter ao exame. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição Federal), o que respalda esse entendimento. Entre os direitos da personalidade está o direito à integridade física, que seria afrontado se o réu fosse obrigado a se submeter ao exame. Isso não significa, contudo, que a recusa pura e simples não tenha repercussão. Se existem elementos nos autos que indicam a paternidade, e o réu, tendo condições para suportar o preço do CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 245

exame, se recusa, seu comportamento milita a favor do autor. Mas se ele é pessoa sem recursos, ou se não se vislumbra nos autos nenhum elemento sério de convicção, a recusa não terá maiores conseqüências.

A nosso ver o exame pelo método de DNA é outro recurso colocado à disposição da Justiça, mas não é absoluto. O autor deverá trazer outras provas aos autos, demonstrando que sua mãe relacionou-se sexualmente com o suposto pai no período da concepção. Para isso dispõe de todas as provas em direito permitidas, entre elas a existência de escrito do suposto pai, união estável, no correr da qual ele nasceu, a existência de rapto e a posse de estado.

Com pertinência à posse de estado, cuida-se de prova a reclamar cautela. Nela temos um conjunto de fatos que estabelecem, por presunção, o reconhecimento da filiação do filho pela família à qual pretende pertencer. O exercício de fato de direito e obrigações que constituem o conteúdo das relações familiares, configuram a posse de estado." Esta fica caracterizada porque os fatos

evidenciam um tratamento recíproco paterno-filial. A comparação com o que se passa com a posse das coisas é muito feliz. Nesta temos uma relação do indivíduo com a coisa, que o coloca como se fora proprietário (a viabilidade do domínio). No campo das relações de família, o procedimento em relação ao investigante evidencia sua condição de filho. A posse do estado de filho repousa em alguns princípios, a saber: a) nomen, que se caracteriza pelo uso do nome paterno; b) tractatus, que se tipifica pelo tratamento que recebe que é o de um filho; c) fama, que é o fato de gozar, no meio social, do conceito de filho. Funcionará como prova adminicular, devendo ser avaliada com cuidados, porque o tratamento dispensado à criança pode ser fruto do sentimento de piedade cristã.

Inseminação artificial - A tecnologia genética abriu um novo universo de estudos, com repercussão significativa no campo do Direito. Representa capítulo importante na luta contra a esterilidade humana, através da fecundação iii vivo e in vitro. Pelo método ZIFT retira-se vários óvulos da mulher. Eles são colocados em uma plaquinha de plástico. Ao mesmo tempo vários espermatozóides selecionados permanecem em um 246 MARCO AURELIO S. VIANA

tubo. Com uma pipeta, os gametas masculinos e os óvulos são colocados na mesma placa. Em uma estufa, eles devem virar embriões em até 48 horas. Operando-se a fecundação fora do corpo (in vitro), volta-se a introduzir um ou mais nas trompas. O óvulo fecundado chama-se zigoto e daí o nome do método (Zibot Intra Fallopian Transfer). O outro método é o GIFT, em que é implantado um ou mais óvulos na trompa da mulher e aí introduzido artificialmente o sêmen. A fecundação vem naturalmente. Temos, aqui, nas devidas proporções, o mesmo que se dá com a cesariana em um parto, ou seja, o auxílio da ciência, que secunda naquelas situações em que a natureza por si só se vê impossibilitada de realizar sua tarefa, por fatores igualmente naturais. Temos apenas a remoção de um obstáculo.

Havendo manipulação dos gametas, vem o nome do método, ou seja, Gametha Intra Fallopian Transfer, temos uma fecundação in vivo.

Mais recentemente tornou-se possível a utilização de espermátide, uma forma imatura de espermatozóide, que são retirados diretamente dos testículos de homens que não conseguem produzir espermatozóides. Com a técnica Intra Cytoplasmatic Sperm Injection (ICSI) o espermatozóide ou a espermátide é injetada no óvulo, que é, em seguida, colocado no útero da mulher.

A inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga. Na primeira o sêmen utilizado é do marido, que fecunda in vivo ou in vitro. Aqui temos perfeita correspondência entre a paternidade de fato e a jurídica, ou seja, os pais biológicos são os pais jurídicos. Na segunda temos a presença de terceiro, que fornece o esperma e o óvulo.

A questão que se põe é sabermos se o filho nascido de mulher inseminada por esperma de terceiro doador, pode investigar a paternidade.

Há quem entenda que a pretensão não pode prosperar, porque, de um lado, teríamos o anonimato ou mesmo o sigilo que acoberta, e de outro lado, a prática inseminatória deve ser um risco exclusivo da mulher."

Não comungamos com essa tese, em que pese a autoridade do seu defensor, porque o direito ao reconhecimento do estado de filiação pertence ao filho, que o exercerá sem restrições (art. 27

do Estatuto da Criança e do Adolescente). Se criarmos obstáculo na forma pretendida estaremos criando uma restrição. Se há anonimato, dificuldades para se saber o nome do doador, isso não significa que o exercício do direito fique prejudicado.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO FAMÍLIA 247

Defesa - Antes da Constituição Federal de 1988 era possível sus tentar a condição de adulterino ou incestuoso, naquelas hipóteses em que a situação inibia o reconhecimento. Com a paridade entre os filhos, a defesa não pode mais ser admitida. É possível que a ação seja contestada, sustentando-se a existência de paternidade inscrita no registro competente. Essas questões são tidas como prejudiciais e levam à carência de ação por faltar legitimatio ad causam.

Devemos olhar com reserva esse entendimento, porque o cancelamento de registro de nascimento é conseqüência natural da comprovação do estado de filiação diverso daquele que consta do registro. Esse ponto mais se avulta quando consideramos que houve revogação do art. 362 do Código Civil, aspecto que já examinamos.

Se o autor sustentar a existência de união estável, o réu deduzirá que ela não

existiu, ou que o autor não foi concebido durante sua vigência, e a exceptio plurum concubentium. Se o demandante apóia seu pedido em relações sexuais no período da concepção o réu negará o fato, ou que não há coincidência das relações sexuais com a concepção; poderá, ainda, sustentar a má conduta da mulher, ou a impossibilidade de coabitação. No caso específico de má conduta da mãe evidencia-se pela vida desregrada que a mulher leva. Nessa linha, se ela era prostituta, a prova do comércio sexual, por si só, não satisfaz, é indispensável demonstrar que na época da concepção ela não as teve com outros homens. Aqui, uma vez mais, a exceptio plurum concubentium se avulta como defesa. É possível sustentar a impotência e a esterilidade.

## & 5 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE

Não existe restrição em relação à investigação da maternidade, não mais vigorando o art. 364

do Código Civil que estatuía: A ação de maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira.

O legislador editou lei dispondo a respeito da perfilhação e da investigação de paternidade, mas não contemplou a investigação da maternidade. Apesar da omissão legal, não fica inibida a mãe para a perfilhação, o que se fará nas mesmas hipóteses contempladas pela Lei n. 8.560/92.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 27, reza que o reconhecimento do estado de filiação e seu exercício se faz sem restrições. Agasalha, assim, a investigação da paternidade e a investigação da maternidade. Vigora,



aqui, também, a livre investigação. O feito será ajuizado contra a pretensa mãe ou seus herdeiros, se ela não for casada, impondo-se a presença da perfilhante, quando o registro apresentar outra mulher como mãe. Se a mulher fora casada, a ação envolverá o marido também, porque a paternidade ficará prejudicada. Se for falecida, no pólo passivo o marido e seus herdeiros.

No capítulo das provas, procede-se como se dá no território da investigação de paternidade.

Uma questão prática merece atenção: é o contrato de gestação, ou seja, uma mulher obriga-se, mediante um contrato, a renunciar ao estatuto de mãe e a ceder o filho, após o nascimento, a quem a contrata, ou quem este a indicar.

A nosso ver tal contrato é nulo, porque há uma afronta à dignidade humana. A mulher assume o mesmo papel destinado a qualquer espécie do reino animal, que é utilizado para a reprodução para fim comercial. É possível argumentar que a mãe pode permitir que seu filho seja adotado.

Parece-nos, contudo, que as duas situações não se confundem. A adoção não envolve a gestação, mas resulta de uma situação de fato que indica ser o melhor caminho para o menor. No contrato de gestação a mulher se equipara a uma reprodutora. Recebe em seu ventre o óvulo de outra mulher, ou é o seu próprio, que é fecundado com o esperma de um desconhecido, ou mesmo do marido daquela que o tenha encomendado. O Congresso de Turim, realizado em 1990, recomendou que se faz necessário legislar a respeito da mãe portadora, negando-se valor a esse tipo de contrato.

Em verdade estamos diante de uma nova situação, criada pelo avanço no campo da Engenharia Genética, que a legislação brasileira não soube solucionar, ainda. Uma questão pode ser colocada: Quem é a mãe? Aquela de cujo ventre sai a criança, ou a que cedeu o óvulo? O

Código Civil português, no n. 1 do art. I .796, estabelece que a filiação resulta do fato do nascimento, havendo predominância do fato biológico da maternidade. A nosso ver essa é a solução correta em face dos princípios que envolvem a filiação no direito pátrio. Mas é importante que se examine e

se solucione o impasse pela inexistência de legislação a respeito.

& 6 EFEITOS

Reconhecida a paternidade ou a maternidade, o filho goza dos mesmos direitos reconhecidos ao filho nascido no casamento, porque vigora o princípio da paridade entre os filhos, como já encarecido.

Capítulo 17 - DA ADOÇÃO

Sumário

1 Noções introdutórias

2 Adoção civil

3 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

## & 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O instituto da adoção encontrava disciplina no Código de Hamurabi e nas Leis de Manu, atingindo o seu momento de maior significado no direito romano. Era a forma de se evitar o desaparecimento do grupo familiar, assegurando ao homem sem descendência a perpetuação do nome e o culto doméstico. É o espírito que prevalece no extremo-oriente.

Perde em importância na Idade Média porque não atendia aos interesses dos senhores feudais.

Presente no Código Civil francês, influencia outras legislações. Não foi sistematizada no direito pátrio anterior, mas mereceu disciplina no Código Civil.

Adoção é uma fictio iuris, que estabelece uma relação de parentesco, que independe do fato natural da procriação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 39 a 52, dispõe a respeito da adoção.

Disciplina o instituto que a Lei n. 4.566, de 2 de junho de 1965, denominava legitimação adotiva, e que passou a ser conhecida como adoção plena com a Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que revogou a Lei n. 4.566/65. Atualmente temos uma duplicação do parentesco civil, decorrente das modificações introduzidas, havendo dois regimes jurídicos; a) a adoção civil, também denominada adoção propriamente dita ou simples, regulada pelo Código Civil, arts. 368 a 378; b) a adoção

contemplada pelo Estatuto (Lei n. 8.069/90).

Estudaremos em primeiro lugar a adoção civil ou simples, regulada pelo diploma civil, e, sem seguida, adoção contemplada pelo Estatuto.

Merece especial atenção a polêmica que se instala em tomo da convivência da adoção prevista e regulada pelo Código Civil (arts. 386 a 378), denominada ado• ão civil, com a adoção disciplinada pelo Estatuto.

Uma corrente sustenta que não mais subsiste a adoção do Código Civil. A paridade entre os filhos seria incompatível com a distinção, devendo haver um só tipo de adoção.

Outra orientação, a qual nos filiamos, entende que continua em vigor a adoção civil. Assim temos a adoção do Estatuto e a adoção civil, disciplinada pelo Código Civil. O art. 40 da Lei n.

8.069/90 estatui que o adotando deve contar com, no máximo 18 anos a data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda dos adotantes. Isso equivale a dizer, em outras palavras, que, se contar com mais de 18 anos e não estiver sob a guarda dos adotantes, não se aplica o Estatuto. Aquele com mais de 18 anos só poderá ser adotado na forma do direito comum.

& 2 ADOÇÃO CIVIL

O Código Civil disciplina a adoção nos arts. 368 a 378, com a redação da Lei n. 3.133, de 8 de maio de I957.

Os requisitos para adotar são os seguintes: a) idade mínima de trinta anos; b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotando; c) consentimento do adotando; d) escritura pública.

A Lei n. 3 .133/57 reduziu o limite de idade de cinqüenta para trinta anos. Qualquer pessoa com essa idade está em condições de adotar. Em relação às pessoas casadas, existem restrições que estudaremos. Não se estabeleceu um limite máximo para a adoção, ou seja, uma idade acima da qual ela não será possível. Houve uma redução na diferença de idade entre adotante e adotando, de dezoito para dezesseis anos (art. 369, com a redação da Lei n. 3.133/57). Esse requisito visa dar ao pai ou à mãe a

distância que infunda respeito."' Não se admite que o adotado seja mais velho que o adotante.

É indispensável o consentimento do adotado na escritura lavrada para esse fim. A manifestação volitiva deve ter lugar no ato da adoção, seja pelo próprio adotando, se maior, seja por seu representante legal, se menor ou incapaz. Ela virá simultaneamente." Observamos que há julgados que admitem o consentimento ulterior, em sendo maior o adotando (RF 15/292), ou que ele se manifeste por atos inequívocos (RF 131/352, 228/412), como se dá, v.g., quando o adotando requer o inventário dos bens deixados pelo adotante (RF 96/292). Essa tese não nos fascina porque o adotando acaba por gozar de um privilégio, porque poderá manifestar sua aquiescência apenas nos atos que lhe forem vantajosos, fugindo, assim, de suas obrigações. Em sendo absolutamente incapaz será representado pelos pais ou tutor; se incapaz, pelo curador. Não se admite suprimento judicial do consentimento. Se relativamente incapaz, intervirá pessoalmente no ato, assistido por seu representante legal. Se menor ou interdito, o adotando está legitimado a se desligar da adoção no ano imediato ao que cessar a menoridade ou a interdição. A solução se justifica porque o discernimento do incapaz é insuficiente para entender o alcance do ato.

A escritura pública é da substância do ato (art.134, I, c/c art. 375). Diverge-se apenas a respeito da necessidade ou não de ser o instrumento público lavrado especialmente para esse fim.

Uma primeira corrente sustenta que é necessário que a escritura seja lavrada especialmente para acolher a adoção. Outros entendem que a manifestação volitiva possa se fazer em qualquer instrumento público, ao fundamento de que a índole benéfica do ato merece ser prestigiada. Nessa linha foi considerada válida a adoção levada a efeito no registro de nascimento, bem como aquela em testamento. Filiamo-nos à segunda corrente, mas considerando que só valerá o instrumento público se nele se contiver simultaneamente o consentimento do adotando.

A adoção não pode ser subordinada a condição ou termo (art. 375). Isto equivale a dizer que, se no instrumento constar qualquer dessas

autolimitações da vontade, tem-se como não escritas, valendo o ato puro. É bem verdade que a nulidade da adoção pode advir de vícios de forma, mas o julgamento deverá ser feito sem exagerado formalismo, tendo em vista o caráter e a finalidade do instituto.'" A forma é importante e salutar, mas o formalismo pernicioso.

Não se faz necessária a intervenção do Judiciário, para homologar a adoção sendo bastante a escritura pública. Esta deverá ser averbada no Registro Civil (art. 29, § 1º, e, da Lei n. 6.015/73).

Da pessoa casada - A pessoa casada, ainda que tenha trinta anos, e diferença de idade de dezesseis anos em relação ao adotando, só está em condições de adotar depois de transcorridos cinco anos após o casamento (art. 368).

Ao contrário do que se passava anteriormente, não é necessário que o adotante não tenha prole.

Discute-se a respeito da necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para se efetivar a adoção. Há quem sustente que o consentimento é indispensável em nome da paz e harmonia da família e da vida conjugal, porque um estranho está sendo introduzido no ambiente doméstico. Há, também, reflexos patrimoniais, como é o caso dos alimentos e do direito à sucessão. Não fosse o bastante, o diploma civil impede que o cônjuge traga para casa a prole que reconheceu, sem a concordância do outro. Outros entendem que os art. 235 a 242 do Código Civil não encerram qualquer restrição a respeito.

Não se pode negar que são respeitáveis os argumentos desenvolvidos pelos seguidores da primeira corrente, mas, em face do direito positivo pátrio, não há como admiti-la, à falta de disposição expressa a respeito, do silêncio dos art. 235 a 242, e a impossibilidade de socorro à analogia, porque se o legislador entendesse necessário o consentimento, teria previsto a espécie, como o fez em caso de filho havido fora da relação de casamento.

Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher (art. 370). Seria contrário à natureza e aos fins da adoção dividir o vínculo do parentesco civil. Assim, como ninguém pode ter mais de um

pai pela natureza, também não poderá ter pela lei, porque o que se tem com a adoção é uma imitação da natureza (adoptio naturam imitatur).

Efeitos - A adoção produz efeitos pessoais e patrimoniais.

No campo pessoal estabelece um parentesco de caráter civil entre adotante e adotado, assumindo este a condição de filho. Os laços naturais não se rompem, razão pela qual os direitos e deveres em relação à família de sangue não se extinguem com a adoção. Somente o pátrio poder é que é transferido do pai natural para o adotivo, e a morte do adotante não o restaura, devendo o adotado ser posto sob tutela (art. 378). O parentesco limita-se ao adotante e ao adotado (arts. 336 e 376). Nascem direitos e obrigações recíprocos, mas as duas famílias - a do adotante e a do adotado

- permanecem estranhas. O vínculo une apenas os dois e os descendentes do adotado, que se tornam descendentes do adotante. Mas, para efeito de impedimentos matrimoniais, não se permite o casamento do adotante com o cônjuge do adotado e o do adotado com o cônjuge do adotante, nem a do adotado com filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376). Ainda no interesse da moralidade, enquanto não der contas da sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor, ou curador, adotar o pupilo, ou curatelado (art. 371 ).

No ato da adoção serão declarados quais os apelidos da família passará a usar o adotado. Os apelidos podem ser formados: a) conservando os dos pais de sangue; b) acrescentando os do adotante; c) os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue. O nome escolhido passará aos descendentes do adotado.

Na esfera patrimonial temos os alimentos, cumprindo ao adotante sustentar o adotado enquanto dure o pátrio poder. A obrigação alimentar tem caráter recíproco, e o adotante tem o usufruto legal dos bens do filho, que é inerente ao pátrio poder.

No campo do direito das sucessões, a Lei n. 6.515/77 já assegurava o direito à

herança em igualdade de condições, vencendo as discriminações anteriores. A Constituição Federal de 1988

(art. 227, § 6º ) assegurou a paridade entre os filhos, razão pela qual o adotivo concorre em condições de igualdade com os filhos de sangue.

A adoção não gera direitos sucessórios ou alimentos entre o adotado e os parentes do adotante.

Natureza jurídica - Trata-se de ato de vontade, que reclama o consentimento de ambas as partes. Há quem nela veja um contrato, outros que falam em ato solene. Na sua formação é um contrato de direito de



família, submetido a requisitos peculiares; no status que gera é ato de natureza institucional, que lhe empresta solenidade e estrutura.

Extinção - A adoção cessa com: a) ruptura unilateral: o adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao que cessar a interdição ou menoridade (art.

373). Nesses casos a deliberação a respeito do ato se fez por outrem, pois o adotado não tinha discernimento. Atingida a capacidade, cumpre-lhe optar. Se não se manifesta em um ano, dá-se a decadência do direito; b) dissolução bilateral: as partes, em sendo capazes, podem resolver a adoção, que vimos, é um contrato. Reclama-se a escritura pública; c) revogação judicial: não deixa de ser uma espécie de ruptura unilateral, sendo admitida nos mesmos casos em que se acolhe a deserdação, a saber: a) ofensas físicas; b) injúria grave; c) desonestidade da filha que vive na casa paterna; d) relações ilícitas com a madrasta ou padrasto; e) desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade (art.1.744 do CC).

## & 3 ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente revogou a Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, conhecida como Código do Menor, abrindo um novo capítulo na tutela do bem do menor. Baseado na teoria da proteção integral, tem suas raízes na Convenção

Internacional sobre os Direitos da Criança,

adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 20 de novembro de 1989, cujo texto foi adotado pelo Brasil (Dec. n. 90.710/90), retificado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n.

28/90).

No campo específico da adoção, o Estatuto contempla o mesmo instituto que a Lei n.

4.655/65 denominou legitimação adotiva e que a Lei n. 6.697/79 conheceu como adoção plena.

Sustentamos que ela convive com a adoção civil, porque o art. 40 estatui que o adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda do adotante. Se ele contar com mais de dezoito anos e não estiver sob a guarda dos adotantes, não se aplica a Lei n. 8.069/90. Ele só poderá, na forma do Estatuto, ser colocado em família substituta pela guarda ou

pela tutela, já que não temos mais a figura da adoção simples, que o Código de Menores disciplinava. Importante observar, ainda, que o



Estatuto aplica-se à criança e ao adolescente, independentemente de sua situação jurídica (art.

28), o que equivale a dizer que não se distingue mais entre menor em situação regular e situação irregular, como se dava na legislação revogada.

Como modal idade de adoção, a disciplinada pelo Estatuto promove uma integração absoluta do adotado na família do adotante afastando-o em definitivo da família de sangue, de maneira irrevogável. Vence-se a limitação do vínculo de parentesco ao adotante e ao adotado, que tipifica a adoção civil, com ingresso completo do adotado na família

do adotante. A finalidade do instituto é proporcionar uma relação jurídica de paternidade que se aproxima o mais provável daquele que envolve a prole

biológica, que é concebida na constância do casamento. Na feliz expressão de Eduardo dos Santos, "o adotadòmorre' para a sua família natural èrenasce' para a família do adotante, como se nascesse filho deste". Guarda identidade com a adoção plena do direito português (art. 1.986, n.1 do CC), e a legitimação adotiva do direito francês.

Natureza jurídica - Em que pese as divergências, a adoção é ato complexo, que se desenvolve em duas fases: a) a primeira desenha-se em uma emissão volitiva, que não é suficiente; b) na segunda, concretiza-se a pretensão, mediante sentença constitutiva. Entre esses dois momentos o juiz atua no sentido de apurar se o bem do menor será atendido. Não se cogita do interesse do adotante, como realização de sua aspiração de trazer para a família um filho, mas estabelecer se ele reúne condições bastantes para educar uma criança ou adolescente. A apreciação do juiz deve inspirar-se nos critérios que informam as vantagens para o adotando e os justos motivos que legitimem a medida.

Requisitos pessoais do adotante - Inovou-se significativamente nessa área. Reduziu-se a idade para 21 anos, independentemente do estado civil, mantendo-se a diferença de idade, devendo o adotante ser, pelo menos,16 anos mais velho do que o adotando. Veda-se a adoção por ascendentes (art. 42, § 1º), pondo-se termo à polêmica instalada no direito 258 MARCO AURELIO S. VIANA

anterior. A vedação alcança os irmãos, também. A adoção poderá ser requerida por ambos os cônjuges ou concubinos, desde que um deles tenha completado 21 anos e seja comprovada a estabilidade da família (art. 42, § 2º). A solução, no que diz respeito aos concubinos, referenda a orientação da Constituição Federal, que reconhece, como entidade familiar, a união entre homem e mulher (art. 226, § 3º). A permissão alcança o denominado concubinato qualificado ou próprio, em que se evidencia e destaca o estado de casamento aparente. Também os divorciados e separados podem adotar, conjuntamente, desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, devendo o estágio de convivência ter-se iniciado na constância da sociedade conjugal. O art. 42, § 5º, contempla a hipótese de adoção deferida a pessoa que tenha falecido no curso do procedimento já instaurado e que tenha manifestado, de forma inequívoca, sua vontade de aceitar a medida. Os efeitos da adoção retroagem à data do óbito. Admite-se a adoção por estrangeiro, como medida excepcional, pondo fim às discussões anteriores. As exigências são mais rígidas (art. 46, § 2º).

Requisitos pessoais do adotando - Elevou-se a idade de sete anos para dezoito anos, apartando-se do Código de Menores, e ensejando tutela mais ampla. Permite-se que o adolescente tenha mais de dezoito anos, desde que ele já se encontre sob a guarda ou tutela do adotante. A inovação é significativa, sendo compreensível que o fato idade ceda passo à nossa realidade. Além disso o menor com mais de doze anos deverá dar o seu consentimento, e o juiz saberá mediar o alcance e real vantagem da medida, perseguindo a proteção efetiva e integral do menor. Com isso é

possível alcançar uma massa muito grande de adolescentes.

Exige-se o estágio de convivência, que é fixado pelo juiz. Ele é denominado, também, período de prova, consistindo no lapso de tempo que o menor deve ficar em companhia do adotante, para melhor integração, antes de se consumar o ato. Ele é dispensado: a) se o adotante não tiver mais de um ano de idade; b) em qualquer que seja a idade, desde que já esteja na companhia do adotante, por período de tempo suficiente para avaliar a conveniência da constituição do vínculo. O consentimento do menor com mais de doze anos é requisito da adoção. Também o é aquele dos pais ou do representante legal do adotando, solução que evita limitação indevida no pátrio poder. O consentimento só é dispensável se CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 259

os pais são desconhecidos ou tenha ocorrido destituição do pátrio poder. O Estatuto não distingue entre menor em situação irregular e regular, para efeito de adoção. A colocação em família substituta pela adoção independe da situação jurídica do menor.

Efeitos - No campo pessoal temos a introdução do adotando na família do adotante de forma completa, cessando a filiação biológica. Os laços de sangue não se restabelecem nem mesmo com a morte do adotante, razão pela qual os pais naturais perdem o pátrio poder em todos os sentidos. O vínculo é irrevogável. Os laços da adoção são irreversíveis, desligando-se o adotado de qualquer vínculo com os pais e parentes de sangue, salvo os impedimentos matrimoniais. É o que está no direito francês (art. 370 do CC, com a redação dada pelo Dec.-Lei de 29/7/39 e a Lei de 8/8/41 ), e no direito português (art. 1.896, n. 1, do CC). Era a solução do Código de Menores (arts. 29 e 53, § 2º). Razões de cunho moral ditam a permanência dos impedimentos para matrimônio.

A integração na família substituta é completa, sem as restrições da Lei n. 4.655/65, que estatuía que o parentesco só alcançava os ascendentes do adotante se eles aderissem ao ato.

Essa distorção já fora afastada pelo Código de Menores. O Estatuto manteve-se dentro da melhor orientação. Os nomeados ascendentes do adotante serão incluídos no registro próprio.

No campo patrimonial os efeitos são de duas ordens: a) em relação ao direito sucessório. A Lei n. 4.655/65 dava tratamento desigual ao adotivo, quando concorre com o filho biológico. O

Código de Menores promoveu a equiparação. O Estatuto, na esteira da norma constitucional (art.

227, § 6º), atribui-lhe os mesmos direitos e deveres. Perde eficácia o art. 618 do Código Civil; b) em relação aos alimentos. Eles são devidos na forma do direito comum (art. 397 do CC).

Do nome - O art. 47, § 5º, reza que a sentença conferirá ao adotado o nome do adotante, e a pedido deste poderá determinar a modificação do prenome. No direito francês, por obra da doutrina, esse princípio cristalizou-se em texto de lei. A modificação do prenome faz-se apenas no correr do processo. Posteriormente isso só será possível se ele expõe o portador ao ridículo, como se passa de ordinário com qualquer ser humano.

Registro Civil - A sentença que constitui o vínculo da adoção será levada ao Registro Civil.

Procede-se mediante mandado, do qual não se fornecerá certidão. Cancela-se o registro original do adotado. Basta um mandado, que gera dois efeitos: cancela o registro anterior e cria o novo registro.

## Capítulo 18 - DO PÁTRIO PODER

Sumário

1 Noções i ntrodutórias

2 A quem compete o pátrio poder

3 Pessoas sujeitas ao pátrio poder

4 Atributos na ordem pessoal

# 5 Atributos na ordem patrimonial

6 Cessação, suspensão e perda do pátrio poder

& 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Há um complexo de relações jurídicas que decorrem da filiação. Nessa relação entre pai e filho impera e domina a norma ética, havendo deveres, como os de mútuo afeto, respeito e assistência, que antes de jurídicos são morais, ditados e impostos pela consciência e pelo sentimento íntimo, sendo pois, acolhidos e não criados por lei. Nesse universo, assentado na própria natureza, temos o pátrio poder, que é constituído por um conjunto de poderes conferidos ao pai e à mãe com o fim de proteger o menor em relação aos perigos a que está exposto em decorrência de sua juventude e inexperiência. O ser humano reclama, nos primeiros anos de vida, uma assistência efetiva, que se realiza pelo instituto em estudo, já que é ditado pela necessidade de proteção à fraqueza dos filhos.

O instituto passou por significativa evolução. Desapareceu o jus vitae ac necis do direito romano primitivo. A patria potestas implicava amplo poder paterno sobre a pessoa e bens dos filhos. Os filhos eram alieni juris, enquanto o pai tinha uma autoridade perpétua, sendo, a um tempo, sacerdote, magistrado e administrador. O pai dispunha sobre a vida do filho, e este nada tinha de próprio. O que adquiria era para o pai. Essa severidade está presente mesmo na codificação justinianéia, embora sem a violência da era publicana.

A Idade Média assiste ao conflito entre a orientação romana e a germânica, sendo esta mais branda, pois impunha deveres aos pais, que deviam criar e educar o filho.

No direito moderno a patria potestas caracteriza-se mais como um instituto do direito de família, voltado mais para a proteção do menor, sua educação e preparação para a vida, do que simplesmente como autoridade



paterna. Há uma tendência sensível em substituir a expressão tradicional por outra mais adequada ao seu conteúdo. Nesse sentido orientou-se o direito

francês, que substituiu a puissance paternelle do Code Napoléon, que refletia a patria potestas romana por autorité parentale, inovação trazida pela Lei de 4 de junho de 1970. Evidencia-se a dupla atribuição da função no adjetivo parental, comum a pai e mãe, por oposição a paternel, pertinente apenas a pai-varão. Depõe-se o termo poder em favor de autoridade, em que domina o conceito dominado pela idéia de função.

A tendência presente na Carta Magna de 1988, e expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, evidencia que há uma preocupação manifesta em se assegurar ao menor o seu direito fundamental de atingir a idade adulta cercado dos cuidados e garantias materiais e morais adequadas, que desembocará no adulto sadio, física, e mentalmente. O pátrio poder, atualmente, tem em vista esses objetivos, podendo se falar em um pátrio dever, pois o complexo de direitos e deveres que é assegurado aos pais em relação aos filhos, no campo pessoal e patrimonial, visam justamente a sua proteção, enquanto menores e não emancipados. Persegue-se sua segurança, saúde e moralidade. Ele é instituído no interesse dos filhos, não dos pais.

Os pais têm inúmeros deveres para com os filhos menores, no interesse de sua proteção e formação. E, para que possam atender e cumprir com esses deveres, segundo as conveniências e necessidades de cada momento, estão armados de amplas faculdades sobre a pessoa e bens dos filhos, mas que são exercitados com conotação protetiva.

É por esse instituto que se faz a representação legal do menor, atendendo à sua incapacidade geral de exercício.

Ele é indisponível, ou seja, os pais não podem dispor dele; é inalienável, irrenunciável e imprescritível, ou seja, os pais não têm como transferi-lo, renunciarem e não decaem pelo fato de não exercitá-lo.

Os atributos do pátrio poder podem ser confiados a outra pessoa, isoladamente, mas em sua integridade conhece as limitações já apontadas.



& 2 A QUEM COMPETE O PÁTRIO PODER

Na constância do casamento, o pátrio poder compete aos pais. A nova ordem legal, estabelecendo a isonomia conjugal, afastou a prevalência do marido. A norma do art. 380 do diploma civil sofre o embate do mandamento constitucional e do art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este, elaborado já sob a inspiração da igualdade jurídica, estatui que o pátrio poder é exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe. Assegura-se, a qualquer um deles, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. O parágrafo único do art. 380 perde eficácia, por ser inconciliável com a norma constitucional.

Não mais prevalece a vontade paterna, deixando a mãe na posição de colaboradora. O pátrio poder é exercido em igualdade de condições. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, ele será exercido com exclusividade pelo outro (art. 380).

A dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial ou pelo divórcio não altera as relações entre pais e filhos, exceção feita ao direito de aqueles terem os segundo em sua companhia (CC, art. 381- art. 27 da Lei n. 6.515/77). Não são afetados os direitos e deveres recíprocos, embora possa haver um desmembramento, em que o direito de guarda é atribuído a um dos pais, e o direito de visita ao outro. Em havendo litígio, a solução fica entregue ao juiz. Se a dissolução é amigável, os cônjuges disporão segundo suas conveniências. Mas mesmo aqui cumpre ao juiz

examinar os fatos e determinar solução que melhor atenda à prole, se seus interesses não estiverem suficientemente resguardados. Pode negar a separação, inclusive. O entendimento vale para a anulação do casamento, porque, embora caiba ao cônjuge, que não lhe houver dado causa, a guarda, admite-se regulamentação diferente no interesse do bem do menor, se motivos graves recomendarem (art. 14 da Lei n. 6.515/77).

Dissolvido o casamento pela morte, o cônjuge sobrevivente exerce o pátrio poder (art. 382).

Em relação aos filhos havidos fora da sociedade conjugal, se não reconhecidos, ficam sob o poder materno; se a mãe é incapaz ou desconhecida, será dado tutor ao menor (art. 383). Se o pai reconhece o filho, cumpre-lhe o exercício do pátrio poder juntamente com a mãe, embora a criança possa ficar sob a guarda da mãe,

reservando-se, ao varão, o direito de visita.

& 3 PESSOAS SUJEITAS AO PÁTRIO PODER

Estão sujeitos ao pátrio poder os filhos havidos na relação do casamento e aqueles extramatrimoniais, estes, desde que reconhecidos. O



filho adotivo também. O art. 379 deve ser entendido nesse sentido, excluindo-se as referências nele contidas aos filhos legítimos, os legitimados, legalmente reconhecidos e adotivos. A paridade entre os filhos reflete-se aqui. O filho menor está sujeito ao pátrio poder.

& 4 ATRIBUTOS NA ORDEM PESSOAL

Os direitos dos pais em relação aos filhos, na ordem pessoal, vêm enumerados no art. 384 do Código Civil.

1º) Dirigir-lhes a criação e educação - Em sendo direito, é dever, igualmente, que se agita na ordem moral para corporificar-se em texto de lei. O cuidado de dirigir a educação do filho, regrar sua conduta, formar seu caráter e suas idéias é parte essencial da tarefa cometida aos pais.

Cumpre-lhes formar o indivíduo sadio em todos os aspectos, elemento útil a si e à sociedade.

Devem ser tomadas todas as medidas necessárias à sua formação intelectual, moral, profissional, de forma compatível com sua condição econômico-social. Se não atendem à subsistência da prole, cometem o delito de abandono material (art. 244 do CP); se não atendem à instrução primária do filho menor, caracterizado está o delito de abandono intelectual (art. 246 do CP).

O direito pátrio admite o direito de correção, embora ele não venha consagrado em texto de lei. Mister que os meios coercitivos sejam brandos, moderados, levando à perda do pátrio poder ser exercido de forma excessiva ou com demasiada severidade. Muitas vezes a correção é necessária, pela falta de discernimento, pelas más tendências e aos maus exemplos que conduzem os filhos a desatinos, incorreções, rebeliões, falta de respeito. A repressão se impõe

nessas circunstâncias. Mas tudo dentro de um plano de equilíbrio é ponderação, porque o mundo moderno não

aceita o pai tirano do lar, de vontade absoluta, gerando mágoas e rancores. A compreensão paterna é fundamental na boa formação da prole à medida que ela não impõe, mas esclarece, explica e conduz.

2º) Tê-los em sua companhia e guarda - Esse direito é um corolário do direito-dever de criação e educação, uma condição de exercício



desse dever. Os filhos menores não podem deixar o lar sem prévia autorização dos pais. O direito de guarda assegura aos pais meios para observarem o procedimento do filho, suas relações, seu comportamento, sua correspondência. Em havendo separação de fato, a qualquer dos genitores é permitida a guarda, assegurando-se o direito de visita. O

mesmo se dá na separação judicial. A guarda é da natureza do pátrio poder, mas não é da sua essência.

3º) Conceder-lhe, ou negar-lhes consentimento para casarem. A lei pressupõe que os pais são os mais indicados para velar pela felicidade dos filhos. Se o consentimento não é dado, resta pedir o suprimento.

4º) Nomear tutor aos filhos, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o pátrio poder. Os pais sabem melhor do que ninguém a pessoa que deve tomar conta dos filhos. A nomeação será nula se ao pai sobrevive o outro genitor.

5º) Representação do menor até os dezesseis anos, e assistência após essa idade, suprindo-lhe o consentimento - Tutela-se o menor contra sua inexperiência.

6º) Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha - Se os pais têm a guarda dos filhos, a conseqüência natural é que disponham de instrumentos legais para reclamá-los de quem os detenha ilegalmente. A ação própria é a busca e apreensão. A jurisprudência tem entendido que a busca e apreensão como medida cautelar não merece acolhida. A tendência é que a guarda seja discutida e decidida em processo ordinário. Forçoso convir que o juiz deverá examinar as

circunstâncias, devendo deferir a liminar, sem audiência da parte contrária, se verificar que a detenção do menor é ilegal. Não percamos de vista que o que se persegue é o bem do menor.

7º) Exigir dos filhos obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade - A obediência é devida durante a menoridade. O respeito é mandamento moral, que a lei cristaliza. Os serviços são os compatíveis com a idade do menor, sendo certo que o filho coopere com o pai, na medida de suas forças e aptidões.



Os atributos do pátrio poder na ordem pessoal estão submetidos, no seu exercício, ao controle estatal, no plano administrativo e judicial.

## & 5 ATRIBUTOS NA ORDEM PATRIMONIAL

Os atributos na ordem patrimonial reduzem-se a dois: a) administração; b) usufruto.

Administração - A lei investe os pais na função de administradores dos bens do menor. A administração legal dos bens do filho abrange duas ordens de atos: a) os atos de mera administração: aqui catalogamos todos os atos que visam à conservação, ao melhoramento e à produtividade dos bens dos filhos, à percepção de seus frutos e à aplicação de seus rendimentos. Envolve os atos ordinários, excluídos os extraordinários; b) atos de disposição: é vedada a prática de atos que ultrapassem os limites da simples administração, a menos que haja manifesto interesse e utilidade para a prole e mediante autorização judicial (art. 386). Não é possível alienar os imóveis, hipotecar, gravar de ônus reais, nem contrair obrigações que ultrapassem o limite indicado. Tais atos exigem prévia autorização judicial. Se não for observada a exigência de autorização judicial, o ato é nulo, o que poderá ser demandado pelo próprio filho, seus

herdeiros ou o representante legal (art. 388). Se, no exercício do pátrio poder, colidirem os interesses dos pais com os do filho, a requerimento do Ministério Público, o juiz dará curador especial (art. 387). Essa colisão tipifica-se sempre que as vantagens perseguidas ou os direitos defendidos afrontem os interesses do filho.

O pai só responde pela administração em havendo culpa grave, nem está obrigado a prestar caução e a lhe render contas.

Estão excluídos da administração: a) os bens adquiridos pelo filho extramatrimonial, antes do reconhecimento; b) os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério ou qualquer outra função pública; c) os deixados ou doados ao filho sob a condição de não serem administrados pelos pais; d) os que ao filho couberem na herança (art.1.599), quando os pais forem excluídos da sucessão - art.1.602 (art. 391 ).

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 269

Usufruto - O usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder (art. 389).

Seus precedentes históricos repousam na legislação justiniana e precisamente no usufruto concedido ao pater familias a bona adventicia do filius.

Sua justificativa é feita de duas maneiras: a) seria uma compensação ao pai pelos encargos do poder paternal; b) partindo da idéia de comunidade doméstica, entende-se que todos devam compartilhar de um mesmo orçamento, sem discriminação das fontes de receita e sem especificação de despesas.

Sua estrutura é análoga ao direito real de usufruto, mas não se confunde com ele. Seu perfil desenha-se da seguinte forma: a) decorre de determinação legal, e não de negócio jurídico; b) não reclama inscrição no Registro Imobiliário; c) alcança todos os bens que constituem o patrimônio do filho, com as exceções previstas em lei; d) não admite cessão e é irrenunciável; e) não exige caução; f) é instituto de direito de família.

As rendas produzidas pelo patrimônio do filho pertencem aos pais, que exercem administração que dispensa a pretensão de contas relativamente aos rendimentos produzidos. Mas os bens deverão ser entregues ao filho, alcançada a maioridade, com seus acrescentamentos, sem que os pais tenham qualquer remuneração.

Administração e usufruto apresentam-se, em regra, associados, mas é possível que se apresentem destacados, o que se dá nas seguintes hipóteses: a) há administração sem usufruto quando o bem deixado ou doado ao filho lhe é

transferido com essa condição, ou afetado a fim certo e determinado (art. 390). É o que se dá quando, embora não afastado o usufruto do pai, ele deflui pelo fim instituído. Exemplo: quantia deixada para que o menor aprenda um ofício; b) nas hipóteses previstas no art. 391 do Código Civil, que examinamos no estudo da administração.



O viúvo, ou a viúva, com filho do cônjuge falecido que se casar antes de fazer inventário do casal e dar partilha dos herdeiros, perderá o direito de usufruto dos bens dos mesmos filhos (art.

225).

## & 6 CESSAÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA DO PÁTRIO PODER

O pátrio poder é instituto erigido visando à proteção dos filhos. Com esse escopo os pais são investidos de um complexo de direitos e deveres em relação à pessoa e bens dos filhos não emancipados. Trata-se de verdadeiro niunus público. Destaca-se o cunho protetivo do instituto. Ele é inalienável, irrenunciável e imprescritível, só se dando sua suspensão ou perda em casos especificados em lei. A tutela do menor não poderia ir até ao ponto de destruir o tecido das relações entre genitores e a prole, mas seria imprevidente a lei se desamparasse a criança contra os pais destituídos do sentimento do dever e a dignidade necessária para dirigir a família.

Prevalece, no entanto, a preservação do interesse dos filhos, tutelando-os contra a nociva influência dos pais. Assim o instituto tem menos um intuito punitivo e mais uma preocupação com o bem do menor. Essa é a razão que justifica a devolução do poder paternal cessadas as causas que conduziram à sua suspensão ou destituição.

O pátrio poder deve durar por toda a menoridade, mas conhece interrupção em casos específicos, que são: cessação, suspensão ou perda.

Cessação - Cessa o pátrio poder quando desaparece a necessidade de proteção a que o instituto se destina. O art. 392 do diploma civil enumera os casos de extinção, a saber: a) pela morte dos pais ou do filho: temos, aqui, a ocorrência de

um fato natural, que é a morte. Se o filho morre, desaparece a razão de ser do instituto. Se o pai morre, o exercício se faz pela mãe. Se a mãe morre, também, o filho é colocado sob tutela; b) pela emancipação: atingida a capacidade civil não se justifica mais a dependência em relação aos pais; c) pela maioridade: a maioridade implica plenitude dos direitos civis, o que inibe a autoridade paterna: d) pela adoção: o pai adotivo passa ao exercício do pátrio poder. Trata-se antes de causa translativa do que extintiva, porque, examinada a relação pelo lado do menor, ele não se acha em nenhum momento fora do poder parental.



Suspensão - Tem caráter temporário, podendo alcançar todo o pátrio poder, ou apenas parte de seus atributos. Ela decorre de ato de autoridade, após apuração devida, comprovado o abuso de poder pelos pais, ou pelo pai ou pela mãe. É medida temporária, gozando o juiz do direito de não aplicar a sanção, segundo seu prudente arbítrio (art. 394).

Não havendo indicação de limite de tempo, cumpre ao juiz, de acordo com as circunstâncias, estabelecê-lo, voltado sempre para a tutela efetiva do bem do menor. Vencido o prazo fixado pela autoridade, restaura-se o exercício. A suspensão tem lugar em processo judicial, por iniciativa do Ministério Público ou de algum parente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor a respeito da perda e da suspensão, inclui no seu elenco a violação do dever de sustento, guarda e educação (art. 24). O art. 394, em enunciado genérico,3n autoriza a medida quando há abuso do poder paterno, faltando os pais aos deveres que lhe são cometidos, ou arruinando os bens dos filhos. O juiz goza de poder de apreciação mais amplo, que não se confunde com capricho.

Perda - É denominada de destituição, também. É a sanção mais grave imposta aos pais, e tem como causa ou razão a conduta culposa dos pais. Há um reconhecimento de que o titular do pátrio poder não está capacitado para seu exercício, o que leva à sua destituição.

O art. 395 do diploma civil estatui q ue perderá o pátrio poder o pai ou mãe que: a) castigar imoderamente o filho: a punição é dirigida ao castigo imoderado, excessivo; b) deixar o menor em abandono: é a situação do menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou manifesta

impossibilidade destes para provê-la. Lembramos que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder (art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Se não concorrer outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança (ou adolescente) será mantida em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio (parágrafo único do art. 23); c) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes: a tutela é dirigida para a formação moral do menor, que seria prejudicada na companhia dos pais. É o que temos naquelas hipóteses em que os pais fazem uso de



tóxicos, ou a mãe se prostitui. Ao dispor a respeito do direito à convivência familiar e comunitária, o Estatuto da Criança e do Adolescente enfatiza que o menor deve viver em ambiente livre da presença de dependentes de substâncias e entorpecentes (art. 19).

A Consolidação das Leis do Trabalho impõe a destituição quando os pais concorrem para que o menor não complete sua alfabetização, ou trabalhe em lugares perigosos ou insalubres, ou em serviços prejudiciais à

sua moralidade (art. 437, parágrafo único, e 405).

Se a pena for imposta ao pai, o pátrio poder passa à mãe, se dor viva; se estiver morta ou tiver sofrido a mesma sanção, ou não for a apta para exercê-lo, será nomeado tutor. Não é demais lembrar que o exercício do exercê-lo, será nomeado tutor. Não é demais lembrar que o exercício do pátrio poder pe atribuição dos pais.

A perda do pátrio poder se faz em juízo, em procedimento contraditório, na letra do art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aquele que foi destituído pode ser reinvestido de seus direitos e deveres, provado que as razões que determinaram a medida cessaram. A reintegração se fará judicialmente.

## Capítulo 19 - DOS ALIMENTOS

Sumário

1 Noções introdutórias

2 Obrigação alimentar e dever familiar

3 Fundamento

# 4 Pressupostos

5 Características do direito aos alimentos

6 Caracteres da obrigação alimentar

# 7 Modos de cumprimento

8 Meios para assegurar o pagamento da pensão

9 Critério de fixação

10 Reajustamento e revisão

11 Alimentos provisionais

# 12 Alcance dos alimentos

## 13 Fornecimento espontâneo

# 14 Alimentos entre parentes

15 Alimentos entre cônjuges. Separação de fato. Separação Judicial. Divórcio 16 Da União Estável

17 A Lei n. 5.478/68

18 Ação de exoneração de encargo

# 19 Legado de alimentos

20 Alimentos devido aos pais velhos, carentes ou enfermos

& 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

No direito romano temos o officium pietatis, em que se destacava o aspecto moral do instituto, o dever em que os parentes estavam de socorrer nas adversidades. Está presente no direito moderno, estabelecendo relações de cunho patrimonial no âmbito do Direito de Família, como direito de conteúdo econômico. Apresenta características próprias e especiais, que apartam o instituto dos princípios que orientam os outros ramos do direito privado.

Em acepção jurídica, os alimentos constituem as prestações em dinheiro ou espécie, fornecidas a uma pessoa para que ela possa viver. Não envolve apenas somas em dinheiro, como pretendem alguns. Seu escopo é assegurar a manutenção individual, pois é direito do ser humano a sua subsistência. Por isso os alimentos abarcam o necessário ao vestuário, habitação, assistência médica, dentária, em uma palavra, visam satisfazer as necessidades vitais de quem não tem como provê-las. Em se tratando de menor, a verba abrangerá, ainda, o necessário à educação. Ponderemos, desde já, que a educação é item integrante da pensão mesmo quando o alimentando é maior de idade, em função da classe social do credor. Observamos que à falta de uma definição legal de alimentos, sua conotação é feita a partir da disposição do art. 1.687 do Código Civil, que disciplina o legado de alimentos.

Distinguem-se entre alimentos naturais, que compreendem o necessário à subsistência (necessarium vitae) e os alimentos civis, que envolvem a instrução e educação (necessarium personae).



Em havendo demanda judicial, a verba alimentícia envolve o necessário às despesas judiciais, inclusive honorários advocatícios. São as expensas litis ou a provisão ad litem, presente nos denominados alimentos provisionais (art. 852, parágrafo único, do CPC - art. 4, Lei n. 5.478/68). Se os provisionais são pedidos pelo cônjuge casado, nos termos do art. 4º da Lei n. 5.478/68, o juiz pode

determinar a entrega da parte da renda líquida dos bens comuns, sob a administração do devedor.

Os alimentos derivam com maior freqüência de dever familiar ou de obrigação alimentícia, tendo como fonte a lei. Seu núcleo é o vínculo de família. Mas pode alcançar pessoas estranhas, quando decorre de convenção ou testamento, ou ato ilícito. Em verdade, eles resultam de testamento, quando, por disposição testamentária, institui-se o direito aos alimentos em favor do legatário. O art. 1.678 do diploma civil estabelece o alcance do legado de alimentos; sua fonte pode ser, ainda, o ato ilícito, sendo o causador do dano condenado, por sentença judicial, a pensionar a vítima ou as

pessoas a quem o de cujus devia alimentos, na hipótese de homicídio (art. 1.537); encontra suporte, também, em negócio jurídico bilateral, como se dá na separação judicial consensual. Aqui ela é objeto principal do negócio. É

possível que decorra da lei, como ocorre na doação. O donatário, não sendo a doação remuneratória, é obrigado a prestar alimentos ao doar. Se não atende o pedido, tipifica-se a ingratidão, que leva à revogação da doação (art. ) .183, IV). A essa interpretação chegamos pela inclusão indireta da recusa injustificada entre as causas de revogação.

& 2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E DEVER FAMILIAR

Não devemos confundir os alimentos decorrentes da obrigação alimentar com aqueles fundados no dever familiar. Há dever familiar de sustento, assistência e socorro entre os cônjuges e dos pais em relação aos filhos menores. Apesar de o art. 233, IV, do diploma civil falar em dever do marido em relação à mulher, esta tem idêntico dever em relação ao marido, sendo esta a exegese correta do texto legal. Por isso cumpre-se incondicionalmente (Orlando Gomes).



A obrigação alimentar conhece requisitos próprios e decorre do jus sanguinis, fundada no parentesco. O vínculo jurídico determinante do parentesco estabelece uma verdadeira relação alimentícia. Os limites de atuação vêm traçados pela lei, circunscrevendo-a aos parentes, envolvendo ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, com reciprocidade. Não se cogita do estado de pai

ou de cônjuge, mas a presença do vínculo familiar.

& 3 FUNDAMENTO

O direito à existência é o primeiro de todos os direitos originários. O Estado preserva-o quando desenvolve trabalho orientado para o amparo e sustento dos indigentes, o que não se confunde com os alimentos. Essa tutela pelo Poder Público em favor de pessoas idosas, doentes e outras que se encontram impossibilitadas de trabalhar, ganha corpo. E embora haja quem sustente que o sistema de seguro social torna menos significativo o dever familiar, entre nós, a realidade é bem outra.

A própria natureza humana deveria impelir o homem à solidariedade. Somos incompletos, o que nos leva, necessariamente, para uma vida de interdependência. Só os egoístas é que não percebem isso, ou fingem não

perceber.

A tutela da vida se faz em todos os sentidos, protegendo-se o ser humano mesmo na abastança, porque lhe é vedado a disposição dotal dos bens. Em caso de doação, deve reservar o suficiente à própria existência (art. 1.174). Com maior razão deve protegê-lo na adversidade. Isso se faz, no núcleo familiar, pelos alimentos. Daí falar-se que o fundamento da obrigação alimentar é o vínculo de solidariedade familiar.



& 4 PRESSUPOSTOS

A obrigação alimentar reclama a concorrência dos seguintes pressupostos: a) a existência de um vínculo de parentesco entre o alimentando e o devedor; b) o estado de miserabilidade do credor; c) a condição econômico-financeira do devedor; d) a proporcionalidade, na sua fixação, entre as necessidades do credor (estado de miserabilidade) e os recursos do devedor (condição econômico-financeira).

O vínculo de parentesco vem fixado em lei (arts. 396, 397, 398). Os alimentos são devidos pelos pais, filhos, ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau. Não alcança os afins.

Quem demanda alimentos deve se encontrar em estado de miserabilidade, ou seja, impossibilitado de se manter. Não devemos cogitar das circunstâncias que levaram o alimentando ao estado em que se encontra. Mesmo que ele tenha concorrido para isso, merece o socorro.

Cumpre-lhe esgotar os próprios recursos, seja utilizando os rendimentos do capital, seja dispondo do próprio capital. Mister ponderar que muitas vezes o bem de que dispõe o credor é imprestável para a constituição de renda. Em uma tal situação, o mais sensato é que os alimentos sejam prestados antes de se exigir a venda do bem. A questão é eminentemente de fato.

O estado de necessidade será abordado com orientação relativa. Ele resulta da comparação entre os recursos do credor e suas necessidades pessoais. Só quando os recursos próprios são insuficientes para atender às necessidades pessoais é que se tipifica o estado de miserabilidade.

Elementos como os encargos de família, saúde, idade, situação social, etc., pesam na aferição desse pressuposto. O próprio trabalho do alimentando merece atenção. O acidente que vitima o trabalhador braçal, levando-o a uma cadeira de rodas, impossibilita-o para o trabalho. Esse mesmo acidente, quando alcança um médico ou um advogado, por exemplo, não tem a mesma repercussão, em princípio, porque esses profissionais podem trabalhar, não ficam impedidos para a profissão. O credor não pode pretender serviços apenas dentro da sua formação profissional. Se não é possível exigir que um bacharel trabalhe como cavador, nada impede que ele CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 279

trabalhe no comércio, na burocracia, enfim, em atividade compatível com sua condição social.

Merece atenção a possibilidade de alguém se negar ao trabalho ao argumento de que isso prejudicará seu trabalho. Exemplo: o estudante demanda alimentos porque não trabalha, e assim procede por entender que seria prejudicado na sua formação profissional. Em princípio não cabe exigir do estudante que trabalhe, questão a ser examinada para cada caso concreto. Entendemos que a questão fica vinculada à classe social do credor. Se ele pertence a nível social em que os filhos, mesmo maiores, não trabalham durante o período de estudo, a pretensão

merece acolhida.

O estado de miserabilidade não precisa ser absoluto. O que se examina no caso concreto são as condições normais de vida do credor em razão de sua educação e situação social.

A condição econômico-financeira do devedor é outro pressuposto dos alimentos. Essa condição é auferida mediante a comparação entre os recursos de que dispõe e suas necessidades. Não se pode exigir que uma pessoa, que não consegue atender às suas próprias carências, seja compelida a dividir seus reduzidos proventos com o credor. Os alimentos são prestados apenas por quem possa atender seu próprio sustento. Os alimentos são proporcionais aos rendimentos do devedor, e não ao seu patrimônio. Os alimentos são tirados dos créditos dos bens. Considera-se que o devedor percebe efetivamente, sendo temerário o entendimento daqueles que incluem valor futuro. O cálculo se faz com base em valor atual, aquilo que efetivamente percebe, não sendo correto incluir em uma verba certa um valor futuro.

O credor demonstrará sua miserabilidade, cumprindo ao devedor provar que não dispõe de meios para o socorro.

José Olegário Machado observa que compelir uma pessoa a ofício considerado baixo para sua condição social é matá-lo moralmente.



A fixação da pensão é feita segundo o princípio da proporcionalidade, ou seja, consideram-se as necessidades do credor e os recursos do devedor.

## & 5 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO AOS ALIMENTOS

O direito à prestação alimentar é direito personalíssimo, cujo escopo é a tutela da própria existência. É, por isso mesmo, intransferível. A obrigação não passa aos herdeiros (art. 402). É

bem verdade que o art. 23 da Lei n. 6.5l 5/77 estatui que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor. O entendimento que se corporifica em torno desse mandamento legal é que a regra limita-se aos alimentos entre os ex-cônjuges, por haver, em verdade, dever de assistência, e

aqueles relativos às pensões em atraso, respondendo nos limites da herança. Não houve revogação do art. 402 do Código Civil.

O direito a alimentos é irrenunciável (art. 404). O credor não pode ser compelido a pedir alimentos, mas lhe é vedado renunciar ao direito a alimentos. Inválida cláusula ou documento em que um filho desiste de pleitear alimentos contra o pai.

A prestação de alimentos não conhece transação nem compensação (art. 1.015, II), o que se explica pelo fato de ser intransferível e pela natureza da dívida. Mas é possível a transação e a renúncia a respeito de prestações já vencidas, porque o que temos são valores patrimoniais.

A pensão alimentícia é impenhorável, o que decorre da natureza do direito, fundamento e finalidade do instituto, evitando-se seja retirado do credor os meios de subsistência (art.1.430).

É imprescritível. A prescrição qüinqüenal (art.178, § 10, I) alcança apenas as prestações vencidas (art. 23 da Lei n. 5.478/68).

Não há solidariedade entre os parentes obrigados à pensão. Eles são chamados ao mesmo tempo a juiz, quando no mesmo grau, mas participam do rateio em razão de suas possibilidades, respondendo por sua parte.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 281

& 6 CARACTERES DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A obrigação alimentar apresenta os seguintes caracteres: l. condicionabilidade, significando que a obrigação resta condicionada à realização dos pressupostos indicados. Eles devem permanecer para que a relação jurídica se mantenha; 2. variabilidade, porque as necessidades do credor e os recursos do devedor são variáveis, o que implica dizer que a pensão é sempre provisória, acompanhando a fortunadas partes. No direito positivo pátrio temos expresso esse princípio, porque o art. 401 do diploma civil permite a exoneração, redução ou agravação do encargo, segundo a fortuna do alimentando e do alimentante; 3. reciprocidade: esse princípio significa que é legítimo demandar e ser demandado, ou seja, aquele que pede alimentos pode ser acionado para prestá-

los.

& 7 MODOS DE CUMPRIMENTO

O devedor de alimentos cumprirá sua obrigação por uma das seguintes formas: a) mediante pagamento de uma soma em dinheiro, denominada pensão; b) pelo fornecimento de casa, hospedagem e sustento (art. 403).

Trata-se de obrigação alternativa (art. 884), cuja escolha fica a critério do devedor, mas não ao seu arbítrio. O direito de escolha esbarra em situações de fato que autorizam o juiz a determinar o pagamento em dinheiro. Exemplificamos: em havendo separação de fato entre os cônjuges; se há animosidade entre alimentante e alimentando, o credor suscitará a questão, justificará que é impraticável receber alimentos mediante fornecimento de casa, hospedagem e sustento. Se restar provado que o devedor não pode cumprir o obrigado de outra forma, resta ao credor acionar outro obrigado. Mister observar que essa forma de cumprimento só será autorizada pelo juiz se o alimentando for capaz de anuir (art. 25 da Lei n. 5.478/68).



A prestação não pecuniária será cumprida em casa do devedor, não podendo este impor o cumprimento em casa alheia, a menos que o credor concorde.

A regra é que os alimentos sejam satisfeitos mediante o pagamento de uma soma em dinheiro.

Não se exige a constituição de um capital, embora a Lei n. 6.515/77 admita que o pagamento da pensão seja assegurado mediante garantia real ou fidejussória, ou que a pensão consista em usufruto de determinados bens.

& 8 MEIOS DE ASSEGURAR O PAGAMENTO DA PENSÃO

A tutela do alimentando contra o inadimplemento da obrigação é feita mediante: a) desconto em folha de pagamento; b) constituição de garantia real ou fidejussória; c) constituição de usufruto; d) execução da sentença

nos tetznos do art. 732, 733 e 735, todos do Código de Processo Civil.

O credor está legitimado a pedir a prisão do devedor, sejam os alimentos provisionais ou definitivos. O cumprimento da pena não o exime do pagamento das prestações vencidas (art. 733

do CPC e art.19 da Lei 5.478/68). O devedor responde pelo principal, custas e honorários advocatícios (art. 25 da Lei n. 6.515/77).

Se a pensão favorece a prole e o cônjuge, é possível a penhora dos vencimentos de magistrados, professores e funcionários públicos, soldo de militares e salários em geral. As prestações poderão ser cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer rendimentos do devedor (art. 17 da Lei n. 5.478/68).

Decretada a prisão do devedor, dela não cabe habeas corpus," sendo mais adequado interpor agravo de instrumento, no prazo legal, ingressando, em seguida, com mandado de segurança, que objetiva trancar os efeitos da

decisão, pois o writ assegura o efeito suspensivo para o agravo.

& 9 CRITÉRIO DE FIXAÇÃO

O critério de fixação dos alimentos encontra-se no art. 400 do Código Civil: a pensão é estabelecida tendo em vista as necessidades do



reclamante e os recursos da pessoa obrigada. Há julgados que estabelecem como critério para alimentos entre cônjuges o percentual de um terço incidente sobre os vencimentos líquidos do marido, entendimento que vale para alimentos para a mulher e a prole, em caso de separação de fato. Não podemos tomar tais decisões como regra, sendo conveniente o exame de cada caso concreto. O enunciado do art. 400 permite uma avaliação ampla pelo juiz, que pesará todas as circunstâncias (saúde, encargos de família, condição social, etc.) que envolvem as partes, e que refletirão no montante da pensão. O exame da necessidade de quem pede e a fortuna de quem fornece é imperativo em cada caso concreto, em decorrência do princípio da proporcionalidade.

Ele não se aplica em havendo dever familiar, pois seu cumprimento se faz incondicionalmente.

Exceção a essa regra temos no caso de separação de fato, separação judicial, anulação ou nulidade de casamento, em que a pensão é determinada segundo o critério de proporcionalidade (art. 224).

Na separação judicial o montante da pensão é obtido segundo o princípio da razoabilidade que podemos resumir: o devedor pensiona, segundo o que é razoável, observado o nível social em que vivem. Não é possível exigir o mesmo padrão social de antes, mas o atendimento das necessidades vitais em condições razoáveis.

& 10 REAJUSTAMENTO E REVISÃO

O quantum da pensão não é imutável. Havendo alteração na fortuna de quem fornece, ou na de quem é beneficiado, abre-se oportunidade para reduzi-la, agravá-la ou suprimi-la (art. 401).

Não há coisa julgada em

matéria de alimentos, no que se refere ao seu montante. A alteração na fortuna das partes admite o pedido de revisão, que não se confunde com o reajustamento. Este implica majoração da pensão com base em índice avençado, ou legalmente estabelecido, visando vencer o aviltamento da moeda. Corrige-se o montante da pensão. A revisão persegue uma alteração quantitativa dos alimentos, decorrente de modificação da situação financeira das partes. Legitimam-se o credor e o devedor, admitindo-se redução, agravamento ou supressão.



& 11 ALIMENTOS PROVISIONAIS

Os alimentos provisionais, também denominados alimentos provisórios pela Lei n. 5.478/68, encontram disciplina no art. 224 do Código Civil, também. O cônjuge poderá pedi-los quando concedida a separação de fato, antes do ajuizamento da ação de anulação ou separação judicial, sendo seu montante fixado segundo o princípio da proporcionalidade. O art. 4º da Lei n. 5.478/68

contempla-os.

Eles abrangem o necessário para manutenção do credor (gêneros alimentícios, vestuário, cuidado de saúde, etc.) e o que se fizer necessário para a defesa judicial de sua pretensão e de seus interesses (custas, despesas com a produção de documentos e provas outras, honorários advocatícios, etc.). Importante notar, contudo, que o direito positivo pátrio só acolhe os provisionais com o alcance indicado pela doutrina nos casos de separação judicial e anulação de casamento (art. 852, parágrafo único, do CPC). Nos demais casos a verba atenderá apenas ao sustento, habitação e vestuário. A diferença de tratamento é explicada ao argumento de que a lei especial que disciplina os alimentos assegura aos credores benefícios da Justiça gratuita e dispensa a assistência de advogado. A provisão ad litem só beneficia aquele que necessitar de alimentos, seja na pendência de ação de separação judicial e anulação de casamento, seja como preparatória dessas ações.

Os alimentos provisionais são assegurados a todos os credores de alimentos, havendo reciprocidade entre marido e mulher.

Os alimentos provisórios admitem alteração quantitativa, mediante revisão, havendo alteração na situação financeira das partes. Eles são devidos até a decisão final, inclusive julgamento de recursos especiais (Lei n. 5.478/68, art.13, §§ 1º e 3º). Transformados em definitivos com a sentença, estes é que passam a ser devidos até o julgamento do recurso. A solução justifica-se, porque na decisão final o juiz dispõe de elementos concretos para fixação dos alimentos, o que não ocorre com aquele estipulado com a inicial.



É possível que em ação de investigação de paternidade haja cumulação com alimentos. Mas os alimentos provisionais somente serão devidos na hipótese do art. 5º da Lei n. 883/49, ou seja, se a sentença de primeiro grau for favorável ao autor.

## & 12 ALCANCE DOS ALIMENTOS

O art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/68 dispõe que os alimentos fixados retroagem à data da citação. Trata-se de alimentos definitivos, porque os provisionais são devidos a partir do despacho que os fixa (art. 4º). Arbitrados os provisionais com a inicial, vindo os definitivos em sentença, o devedor responde pela diferença

entre o valor determinado em definitivo e os provisionais.

A nosso ver o art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/68 tem seu campo de incidência restrito aos pedidos de alimentos fundados em prova preconstituída de parentesco, não se aplicando às ações de investigação de paternidade. Os regimes legais são diferentes, porque no território da Lei n.

5.478/68 cuida-se de ação alicerçada em paternidade cuja prova já está preconstituída, enquanto na investigação de paternidade isso não se dá, pois o autor litiga para ver reconhecido o vínculo, e só depois terá direito aos alimentos. A Lei n. 5.478/68 tem seu campo de incidência perfeitamente definido, e o art. 13 manda aplicá-la somente aos casos de separação judicial, nulidade, anulação de casamento e revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções. Se quisesse contemplar a ação de investigação de paternidade, teria se referido expressamente. Não se vislumbra, outrossim, campo para se falar em analogia. O efeito retroativo da ação de investigação de paternidade decorre de seu caráter declaratório.

Já a ação de alimentos tem cunho condenatório.

& 13 FORNECIMENTO ESPONTÂNEO

O art. 24 da Lei n. 5.478/68 permite que a parte responsável pelo sustento da família, se deixar a residência comum por motivos que não necessita declarar, tem legitimidade para comunicar ao juiz os rendimentos



de que dispõe e pedir a citação do credor para comparecer à audiência de conciliação e julgamento destinada à fixação dos alimentos a que está obrigada.

& 14 ALIMENTOS ENTRE PARENTES

Os alimentos fundados no parentesco encontram sua disciplina legal nos arts. 231, IV, 396 a 405, todos do Código Civil; arts.15,16 e 20 da Lei n. 6.515/77; art. 229 da Constituição Federal.

O parentesco contemplado pela lei é o de sangue e o civil. Não estão incluídos os parentes por afinidade.

Estão obrigados aos alimentos; a) os pais e os filhos, devendo entender-se o enunciado do art.

397 como referência à progênie fora do pátrio poder; b) na falta destes, os ascendentes, na ordem de proximidade; c) os descendentes, na ordem de sucessão; d) os irmãos germanos como unilaterais (arts. 397 e 398).

O enunciado legal é taxativo.

O credor acionará em primeiro lugar os ascendentes de primeiro grau, ou seja, os pais; na falta destes, dirige-se aos outros ascendentes, paternos ou maternos, recaindo nos mais próximos em graus, uns em falta de outros (art. 397). Exemplo: se os pais não podem assistir, ou não mais existem, respondem os avós, depois os bisavós, e assim por diante. Se faltam ascendentes, a obrigação alcança os descendentes, segundo a ordem de sucessão (art. 398). São convocados os filhos, em seguida os netos, depois, os bisnetos, etc. Inexistindo descendentes, o encargo recai sobre os irmãos, germanos ou unilaterais, sem distinção de qualquer espécie. No direito positivo pátrio cumpre obedecer a uma gradação, chamando-se todos os parentes do mesmo grau, por inexistir solidariedade entre eles.

Quanto à adoção civil, ela cria vínculo entre adotante e adotado, circunscrevendo-se o parentesco a esses limites (art. 376).

No direito francês a jurisprudência tem admitido que o credor eleja livremente entre os devedores, solução que afronta a tradição, pois o caráter subsidiário da obrigação dos avós, com relação aos pais, e dos netos em relação aos filhos, já era preconizada por Pothier.



Os alimentos ficam limitados. Os direitos e deveres resultantes do parentesco natural não se extinguem com a adoção. Subsistem os direitos do adotado para com a família de sangue, naquilo que não colide com sua nova posição. A obrigação alimentar em relação aos pais de sangue permanecem, e destes em relação a ele.

Dever familiar - Os alimentos decorrem, também, de dever familiar. É o que

temos na relação entre os pais e os filhos menores. O art. 231, IV, do Código Civil, estatui que cumpre aos pais o sustento dos filhos, bem como sua educação. O art. 384, I, do diploma civil, enfatiza o dever de os pais dirigirem a educação e criação dos filhos. A Constituição Federal, no art. 229, enfatiza esse ponto, quando dispõe que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. E o mesmo dispositivo constitucional estabelece o dever de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade. Amplia-se o dever familiar que envolve, agora, a relação entre filhos maiores e os pais, estando estes em estado de carência ou enfermidade, quando na velhice.

O dever familiar cumpre-se incondicionalmente. Não concorrem, aqui, os pressupostos estudados para a obrigação alimentar. Como encarece Clóvis Beviláqua, o dever de atender os filhos faz parte do "dever em que estão de conservar e felicitar aqueles que fizeram vir ao mundo".

O doutrinador refere-se à relação entre pais e filhos menores.

O tema reclama algumas considerações, pois é possível que o filho disponha de rendas suficientes para atender a suas necessidades.

Há quem sustente que a obrigação de sustentar os filhos menores independe da fortuna do incapaz, argumentando com o duplo aspecto da obrigação alimentar, porque o encargo pessoal subsistirá sempre, mesmo que o pecuniário seja suprimido.

Entendemos que a fortuna do credor deve ser considerada, seja ele menor, seja na relação entre filho maior e pai em estado de carência, enfermidade ou na velhice. Se o devedor deduz prova de que o demandante dispõe de recursos, a toda evidência a pretensão não merecerá acolhida, porque os alimentos não são fonte de ócio ou enriquecimento.

Não é demais lembrarmos que os filhos havidos fora da relação do casamento gozam do mesmo direito, desde que reconhecidos. Entre os



efeitos da perfilhação temos o dever ou a obrigação alimentícia. Não há mais obstáculo para o pedido de investigação de paternidade cumulado com

alimentos, mesmo que o pai esteja casado.

E, na hipótese de casamento nulo ou anulado, os alimentos são devidos da mesma forma.

Obrigação alimentar - A maioridade faz cessar o dever familiar, mas nasce a obrigação alimentar típica, concorrendo os pressupostos já indicados.

A verba envolverá o necessário às necessidades vitais do credor, embora, em alguns casos, a pensão envolva valor que vise atender à educação. Já nos referimos à questão (n. 4, supra).

Trata-se de questão de fato. Não é demais lembrar que o credor não pode pretender uma situação superior aquela que sua condição social admite. Mas se ela permite o que se pretende, o credor merece ser atendido, porque o fim do pátrio poder não implica abandono da prole, na mesma medida em que os filhos não devem sacrificar os pais. A própria natureza da relação entre pais e filhos

justifica a solução.

Se o filho é maior, mas doente, impossibilitado de obter meios de subsistência, os alimentos podem ser pleiteados (RT 483/70; Lei n. 6.515/77, art. 16).

Obrigação alimentar existe, ainda, na relação entre os demais parentes. Não se distingue entre a ascendência materna e paterna (RT546/105), o que autoriza ação contra os avós paternos ou maternos. Como a obrigação não é solidária, se são vários os obrigados do mesmo grau, entre todos é dividida a pensão. A verba é partilhada entre eles na proporção de suas posses. Se um deles não tiver condições de atender, sua quota é repartida entre os demais.

Se não é possível ratear a pensão entre os parentes do mesmo grau, de maneira que ela seja integralmente satisfeita, darão o que tiverem condições de suportar, respondendo os parentes do grau posterior pelo que faltar.

Entre irmãos não se faz distinção de qualquer espécie, sendo a obrigação recíproca. Nada impede que a mulher casada, não conseguindo alimentos do marido, acione seus irmãos (RF 113/I 30), vencida a ordem legal.

Não há obrigação alimentar entre afins.

## & 15 ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES. SEPARAÇÃO DE FATO. SEPARAÇÃO JUDICIAL.

### DIVÓRCIO

Na constância da sociedade conjugal, os alimentos decorrem do dever de mútua assistência (art. 231, III, do CC). Temos dever familiar, que se cumpre incondicionalmente. Há reciprocidade.

Na separação de fato os alimentos continuam devidos. Não se atende, contudo, ao cônjuge que provoca a separação de fato, sem justo motivo. Se são pedidos alimentos provisionais, visando ação de separação judicial ou divórcio, vigora o princípio da proporcionalidade (arts. 224 e 400 do CC).

Lembramos que é possível o fornecimento de alimentos espontaneamente pelo cônjuge que deixa o lar, como já vimos.

Havendo separação judicial, não se extingue o dever de mútua assistência (art. 3º da Lei n.

6.515/77). O cônjuge responsável pela separação judicial continua obrigado aos alimentos (art.19).

Na separação judicial consensual o juiz homologa os alimentos resultantes de acordo entre os cônjuges. Eles decidem livremente a esse respeito. Fixam uma pensão, dispensam-no temporariamente, ou renunciam. Estando o interesse dos cônjuges e da prole resguardados, o acordo é homologado.

Instalado o contencioso, o tema apresenta outro contorno, porque o juiz deverá fixar os alimentos, o que está submetido a regras próprias.

O art. 320 do Código Civil, hoje revogado, dispunha que os alimentos eram devidos ao cônjuge pobre e inocente, havendo sanção ao cônjuge faltoso. A Lei n. 6.515/77 alterou sensivelmente, estatuindo que os alimentos serão prestados pelo cônjuge responsável pela separação judicial aos que deles necessitam (art. 19). Não se fala mais em cônjuge pobre e inocente. A separação não se apresenta apenas como sanção, como no direito anterior. Ela se coloca como sanção (se há

conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento), como falência (na ruptura da vida em comum) e como remédio (alicerçada em doença mental grave de um dos cônjuges). Os efeitos variam em função da

causa da separação. Se há ruptura da vida em comum ou doença mental grave, o cônjuge que teve a iniciativa da separação perde o direito sobre os bens que o outro trouxe para o casamento; a mulher não poderá usar o nome do marido; a guarda dos filhos, se o motivo da separação é a 290 MARCO AURELIO S. VIANA

ruptura da vida em comum, fica com o cônjuge em cuja companhia eles se encontravam; se a causa é doença mental grave, os filhos serão confiados ao cônjuge que estiver em melhores condições para assumir a guarda e educação da prole. Os efeitos não se alicerçam na culpa, que se apresenta somente na hipótese de sanção. Esse entendimento mais se avulta quando observamos que, na conversão da separação judicial em divórcio, o dever de assistência ao outro continua recaindo sobre quem teve a iniciativa da ação de separação judicial, fundando o pedido em ruptura da vida em comum ou doença mental grave. Não se cogitou de culpa. E não é demais lembrar que não se confundem as noções de culpa e de responsabilidade, sendo possível responder sem culpa, como se dá com o fiador. Nessa linha não vemos como ligar a expressão cônjuge responsável à idéia de culpa. O fundamento da distribuição dos efeitos é a sua causa determinante.

O quadro que se apresenta é o seguinte: 1º) se a causa da separação judicial é a conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, o cônjuge culpado continua obrigado aos alimentos; 2º) nas demais hipóteses, quem responde pelos alimentos é o cônjuge que teve a iniciativa da separação. E assim é porque a lei buscou diminuir um pouco o impacto causado pela possibilidade de alguém pedir a separação, porque o consorte é doente mental grave. Aquele que assim procede falta com o dever de assistência devida ao companheiro, dando ao casamento uma dimensão

muito reduzida. Se a causa é a ruptura da vida em comum, há violação dos deveres do casamento.

E o pedido só virá alicerçado nessa causa se a ação vier por parte daquele que abandonou o lar.

A pensão obedecerá ao princípio da razoabilidade. Não vemos, aqui, fonte de obrigação alimentar porque: a) os ex-cônjuges não são parentes; b) o dever de assistência persiste (art. 3º da Lei n. 6.515/77). Impõe-se cautela na fixação dos alimentos porque, embora haja dever de assistência, quando o legislador contemplou a espécie, dispondo a respeito dos provisionais (art.

224), mandou aplicar o princípio da proporcionalidade. Assim, em que pese a existência de um dever, ele não se aplica incondicionalmente, mas segundo os limites que a lei entendeu conveniente. O que se deve ter em mente é assegurar ao ex-cônjuge uma situação econômico-financeira compatível com aquela que conhecia, sem perder de vista todos os aspectos da nova situação. E merece especial atenção um ponto: o simples fato de o devedor conhecer melhoria após a separação, para a qual a ex-mulher não contribuiu, não autoriza revisão da pensão. A mulher separada de um tenente não é titular do direito de receber uma fração do vencimento de general. O seu



universo de valores continua sendo a posição do marido ao tempo da separação. É importante que os tribunais evitem tornar a condição de separada em qualificação profissional.

O divórcio é concedido em duas hipóteses: 1º) mediante conversão da separação judicial, nos termos já estudados; 2º) mediante pedido direto.

Na conversão da separação judicial em divórcio, a questão pertinente aos alimentos é estranha, porque persistem os direitos e deveres dos divorciados constantes da separação judicial (RJTJSP, 69/206). Não há lugar para discussão sobre o assunto, o que só poderá vir em ação própria. O único aspecto a ser examinado é o cumprimento das obrigações assumidas na separação.

O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso (art. 24).

Conseqüência natural é o fim dos direitos e deveres recíprocos, delineados no art. 321 do Código Civil. Exceção apenas no caso de conversão, quando a separação veio fundada nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei n. 6.515/77.

No divórcio consensual, os cônjuges estabelecem livremente o valor da pensão, a ela renunciam, ou dispensam temporariamente (art. 40, § 2º).

Em se tratando de divórcio direto, fundado em separação de fato, que tenha completado dois anos consecutivos (art. 40 da Lei n. 6.515/77, com a redação da Lei n. 7.841/89), como enfatizado, desaparece o dever de mútua assistência. A lei especial nada diz sobre os alimentos. Entendemos que eles têm cunho indenizatório, porque não há como alicerçá-los no parentesco ou no dever de mútua assistência. Os alimentos surgem como uma conseqüência da supressão da vida em comum, como sanção ao consorte que foi culpado pelo fim do casamento. Trata-se de indenização de feição especial para atender à subsistência do cônjuge inocente.

A natureza da pensão alimentícia entre divorciados merece estudo no direito francês, havendo tendência significativa da doutrina para tê-la como indenização. Ela passa a ser um encargo do esposo contra quem é pronunciado o divórcio, cuja fonte não pode ser o dever de socorro. pois ele põe fim ao casamento e às obrigações dele decorrentes. Tem-se entendido que o fundamento é o prejuízo que o esposo culpado provocou, por sua culpa, ao outro.

JEAN PELISSIER. Les obrigations, cit., p.27, diverge dessa linha, sustentando que os alimentos resultam do dever de mútua assistência.



Importante notar, portanto, que o cônjuge deverá, no correr do processo, demonstrar que necessita dos alimentos. Não se pode conceber, por exemplo, que o marido abandone a mulher e filhos e, mais tarde, completado o lapso de tempo, venha a pedir o divórcio, exonerando-se dos alimentos.

Na mesma medida não seria correto que a mulher abandonasse o marido e depois viesse a pedir divórcio direto e reclamasse alimentos, quando foi ela quem violou os deveres do casamento, assumindo conduta desonrosa. É imperioso que o juiz examine as circunstâncias da separação de fato para deliberar a respeito dos alimentos.

## & 16 DA UNIÃO ESTÁVEL

A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, disciplina a espécie, como já vimos no capítulo dedicado à união estável.

Antes do advento da lei em estudo, sustentamos que inexistia alimentos entre os conviventes.

Assim pensávamos porque a obrigação alimentícia decorre de vínculo de parentesco entre credor e devedor, dentro do território delimitado pelo Código Civil. Como inexiste parentesco entre os conviventes, os alimentos não encontravam respaldo legal nesse campo. O mesmo vale para o dever familiar, que decorre do casamento, fundado no dever de mútua assistência. A união estável não se apóia no casamento, sendo relação de fato, tem sua base na vontade dos conviventes, sem força vinculativa.

Esse quadro foi alterado, primeiro pela Lei n. 8.971/94, que introduziu os alimentos em favor dos conviventes. Posteriormente a Lei n. 9.278/96, que fez com que perdessem eficácia os dispositivos da Lei n. 8.971/94, nesse particular, no art. ?o, estatuiu um complexo de direitos e deveres entre os conviventes, dentre eles o dever de assistência material. E no art. 7º estatuiu que com a dissolução da união estável, por iniciativa de uma das partes, ou de ambas, a assistência material prevista na lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar a título de alimentos.

Esclarecemos que a assistência material é devida na hipótese de dissolução da união estável por iniciativa de uma das partes, ou de ambas, porque a lei utiliza o vocábulo rescisão.

Existindo dever de assistir materialmente é curial que são devidos alimentos. O exercício desse direito reclama prova da existência da união



estável, que se pode fazer no correr do feito, ou antes, quando houver prova escrita a esse respeito, como se dá quando um dos conviventes é dependente junto à Previdência, por exemplo.

A nosso ver cuida-se de dever familiar (n.14 e 15 supra), porque, em que pese falar a Constituição Federal em entidade familiar, em verdade o que temos é uma

família que se constitui fora do casamento. Por isso têm aplicação os princípios que norteiam os alimentos devidos entre cônjuges (n. 15 supra).

Na hipótese de dissolução por rescisão - estamos usando a linguagem da lei -, não nos parece que os alimentos venham apoiados necessariamente na idéia de culpa. Essa noção que já sofreu restrições no campo da separação judicial e do divórcio (n. 15 supra), assume, agora, contorno mais forte. O que se deve examinar, no caso concreto, é o binômio necessidade/possibilidade.

Aquele que deles necessitar receberá dentro das possibilidades do que deve fornecer.

& 17 A LEI N. 5.478/68

A Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, imprimiu rito especial para a realização da pretensão pertinente aos alimentos.

Ficou mais confortável a posição do litigante pobre, afastando muitos dos obstáculos para a obtenção de sentença que realize de forma mais pronta suas necessidades. Conhece processamento mais simplificado, passando a marcha dos atos processuais (procedimento), que assume forma escrita, a se desenvolver de modo especial, ou seja, por rito mais célere.

Simplificou-se a concessão do benefício da Justiça gratuita, o que é razoável, considerando-se que, como regra geral, aquele que demanda alimentos encontra-se em situação difícil, sob o ponto de vista econômico-financeiro.

Permite-se a citação do réu mediante registro postal; não se faz necessária a apresentação do rol de testemunhas, bastando que as partes se façam acompanhar por ela, na audiência; permite a fixação dos provisionais, ao se despachar a inicial; admite-se a entrega ao credor de parte da renda líquida dos bens comuns, no regime de comunhão universal; introduziu a regra do art. 24, que autoriza a quem está obrigado a alimentos a iniciativa de oferecê-los judicialmente; permite que seja aplicada às ações de separação judicial, nulidade e anulação de casamento, no que couber.

A ação não depende de distribuição prévia, sendo assegurada a gratuidade por simples afirmativa, a quem não dispuser de condições para arcar com as custas

processuais. A impugnação do pedido de gratuidade se faz em autos apartados, não suspendendo o curso do feito. Se a impugnação



for acolhida, a parte que pediu a gratuidade responderá pelo décuplo das custas. Admite-se que os alimentos sejam postulados sem advogado.

O credor endereçará petição ao juiz, expondo suas necessidades e provando o vínculo de parentesco ou o vínculo conjugal, qualificando o devedor.

Se a prova depender de documento existente em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos, e ocorrer impedimento ou demora em extrair certidões, ou estiverem em poder do obrigado ou de terceiro residente em local incerto ou não sabido, é dispensada a produção inicial.

Se o alimentando comparecer pessoalmente e não indicar profissional para assisti-lo, o juiz designará advogado para defendê-lo.

A inicial será apresentada em três vias e, se for indicado profissional para assistir ao credor, o designado, dentro de vinte e quatro horas da nomeação, formulará o pedido, por escrito, podendo, se achar conveniente, indicar que seja a solicitação verbal reduzida a termo.

Serão fixados alimentos provisionais na inicial, a menos que o credor dispense.

O devedor é citado, em vinte e quatro horas, mediante registro postal, como aviso de recebimento, sendo remetida a inicial ou o termo, a comunicação do dia e da hora da audiência de instrução e julgamento (art. 5º).

Se o réu não for encontrado, ou criar embaraços no recebimento, a diligência se fará por oficial de justiça. Se não for possível citá-lo pelas outras formas, será processada por edital.

Se o autor não comparece à audiência, o pedido é arquivado; se o réu não atende ao chamado, será revel, havendo confissão quanto à matéria de fato (art. 7º).

Autor e réu deverão comparecer à audiência com três testemunhas, no máximo. Havendo acordo, será lavrado o termo; se não for possível, procede-se à

instrução. Terminada esta, as partes e o Ministério Público poderão produzir razões finais, em prazo não superior a dez minutos.

Em seguida é renovada a proposta de conciliação e, se não for possível, será exarada sentença.

Com pertinência à filiação extramatrimonial, se reconhecida pode deduzir a pretensão com base na Lei n. 5.478/68. Caso contrário, deverá ajuizar ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos.



O art. 2º da lei em estudo determina que o credor prove o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor. A nosso ver o quadro legal fica da seguinte forma, no que tange a esse ponto:

a) os titulares de pretensão fundada em dever de mútua assistência, que são os cônjuges em virtude do casamento, havendo "dever familiar", por via de conseqüência; b) os filhos menores, porque cabe aos pais o sustento e educação da prole, presente o "dever familiar";

c) os parentes nos limites traçados pelo diploma civil;

d) o divorciado a quem foi assegurada a pensão alimentícia.

## & 18 AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ENCARGO

A ação de exoneração de encargo processa-se pelo rito ordinário e tem lugar todas as vezes que o devedor busca ser dispensado do encargo por fato não decorrente da alteração da situação financeira das partes. É o que se passa com a exoneração pedida pelo ex-cônjuge, fundada em casamento do credor; ou em seu concubinato; ou o marido, quando a mulher abandona o domicílio conjugal, sem justo motivo.

Mas se a pretensão vem apoiada em mudança de fortuna, aplica-se a Lei n. 5.478/68, sendo caso de revisão.

## & 19 LEGADO DE ALIMENTOS

Havendo legado de alimentos, entendemos que só será possível utilizar-se do rito previsto na Lei n. 5.478/68 se definida a anuência dos herdeiros, ou definida, pelas vias ordinárias, o direito aos alimentos. Se não for assim, não será possível aplicá-la, porque o contraditório que se enseja não se coaduna com o rito sumaríssimo. O pedido será dirigido ao juiz do inventário, que ouvirá os interessados. Se o testador não fixou o montante da pensão, o juiz, perantea a quem se processa o inventário, arbitrará o seu quantum, observados os elementos já estudados e a força da herança.

296 MARCO AURELIO S. VIANA

& 20 ALIMENTOS DEVIDOS AOS PAIS VELHOS, CARENTES OU ENFERMOS

A Lei n. 8.648/93 acrescentou ao art. 399 do Código Civil um parágrafo único, que estatui o dever de ajuda e amparo devido pelos filhos maiores e capazes aos pais na velhice, carência ou enfermidade. O art. 299 da Constituição Federal já enunciara o princípio, editando que os "filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

O Código civil já dispõe que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos.

Isso significa que os filhos maiores e capazes sempre foram obrigados a atender aos pais, havendo obrigação alimentar. Por isso cabia ao credor a prova do estado de miserabilidade. Além disso, por haver obrigação alimentar, o filho podia se eximir alegando e provando que não dispunha de condições econômico-financeira para atender ao credor. O concurso dos pressupostos da obrigação alimentar era inafastável.

Em que pese a linguagem claudicante da Lei n. 8.648/93, a nosso ver, o mérito que ela tem é ter dado aos alimentos, no território que especifica, o cunho de "dever familiar". Esse entendimento melhor se plasma quando examinamos o texto constitucional. No art. 299 a Lei Maior estatui que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Em seguida cuida do dever dos filhos maiores em relação aos pais. Sabemos que os alimentos devidos pelos pais aos filhos menores tem o cunho de "dever familiar". No presente capítulo tivemos a oportunidade de realçar esse ponto.

A linguagem em que vem vazada a lei especial sinaliza o sentido de que o que se pretende é estabelecer o dever de alimentar aos pais, nas condições que ela indica. Ela fala em "dever de ajudá-los e ampará-los", e em "obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los". Em que pese o texto da lei ordinária falar em obrigação de alimentá-los, a Lei Maior utiliza o vocábulo "dever".

Não teria sentido editar uma lei para impor uma obrigação alimentar que já existe desde a edição do diploma civil. A novidade que ela traz é justamente o caráter de "dever familiar", que imprime aos alimentos.

O credor deverá se encontrar em uma das situações que a lei indica, a saber: a) velhice;

b) carência;

c) enfermidade.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 297

É bastante que esteja em uma das situações que indica. Não se reclama o concurso de todas elas.

Por se tratar de "dever familiar" é bastante que o credor alegue uma das situações, o que se presume. O devedor é quem deverá provar que a alegação não procede. Esse o mérito da lei, porque há inversão de ônus da prova, o que é típico do "dever familiar".

O filho maior, concorrendo uma das situações indicadas, deverá atender ao pai, mesmo que isso signifique sacrifício, porque esse é o tom do "dever familiar", como já vimos no presente capítulo, n. n. 2.

A lei, na esteira da Constituição Federal, enfatiza a função assistencial da família, buscando contornar dessa forma a situação difícil que os velhos enfrentam em uma sociedade em que as aposentadorias são ridículas, inexiste assistência na área de saúde, apenas para citar algumas das omissões graves do Poder Público. O que se vê são alguns privilegiados, enquanto a grande massa, que mantém a duras penas o Estado, é lançada na vala comum do sofrimento e da miséria.

A possibilidade de se fixar alimentos provisionais já está na Lei n. 5.478, que data de 1968.

Merecem reparo alguns aspectos da lei. Assim é que ela usa a expressão "sem perda de tempo", que peca pela imprecisão técnica. O processo civil, que dará vida à pretensão, fazendo-a penetrar na cidadela da efetivação, dispõe de normas para esse fim, que se desenvolvem em

"tempo próprio e adequado". Além disso fala em "até em caráter provisional", quando bastaria dizer que são devidos alimentos provisórios. O que se depreende, pelo enunciado do dispositivo, é que o legislador revela certo desespero, temeroso em não ser entendido... Além disso a lei enfatiza que os alimentos são devidos principalmente quando os pais se despojaram de seus bens em favor dos filhos. Ora, é ociosa a referência, porque o estado de miserabilidade envolve essa situação.

Na verdade a simples imposição do dever aos filhos maiores e capazes não irá solucionar o problema dos nossos velhos. Não é raro que eles mesmos não disponham do necessário para o próprio sustento, ou da mulher e da prole. Eles são vítimas, também, do caos econômico.

Cumpre ao Estado assegurar assistência médica-hospitalar em condições de decência e respeito ao ser humano, e aposentadorias que assegurem ao ser humano vida digna. É para isso que pagamos impostos e fazemos recolhimentos previdenciários. Uma lei não muda o rumo dos fatos. O que poderá operar essa mudança é uma dose de maior seriedade por parte do Poder Público.

Capítulo 20

DA TUTELA

Sumário

1 Noções introdutórias

2 Organização da tutela

3 Espécies

4 Incapacidade para o exercício da tutela

5 Escusa

# 6 Garantia da tutela

7 Exercício da tutela

# 8 Dos bens do tutelado

9 Da prestação de contas

10 Cessação da tutela

& 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O menor é colocado sob tutela quando falecem os pais, ou se estes são julgados ausentes ou destituídos do pátrio poder (art. 406 do CC). Tem cunho protetivo, incluído no universo do direito assistencial, que integra o direito de família. É encargo conferido a alguém para assistência e representação dos menores. No direito pátrio está voltada apenas para o menor, mas outros sistemas jurídicos disciplinam a tutela dos maiores.

A tutela só se põe quando os pais estão inibidos para o exercício do pátrio poder, em situações que a lei define, razão pela qual há quem fale que ela é uma sub-rogação do pátrio poder.

No direito romano ela foi organizada no interesse do tutor. Visava salvaguardar o patrimônio do menor em proveito da família, na previsão de seu possível falecimento. Instituía-se por testamento, pelo autor da herança, funcionamento como uma pré-sucessão. Mais tarde surgiu a tutela legítima, como solução para o caso de falecer o autor da herança sem testamento. Com as leis Attilia e Julia Ticia surgiram os tutores dativos, quando ela assume o caráter de medida protetora dos menores.

& 2 ORGANIZAÇÃO DA TUTELA

A organização da tutela faz-se sob três níveis: a) administrativo, como se dava na Rússia; b) judiciário, solução presente no direito alemão,



que conhece o juiz de tutela, investido de poderes importantes; c) familiar, em que a presença do juiz é secundária, em que pese possa ele ser chamado a intervir em certos atos importantes relativos ao patrimônio do menor. Mas a

influência do tutor desponta, sendo ele escolhido entre os membros da família, que trabalha em colaboração com o conselho de família, composto de pessoas escolhidas entre os parentes afins ou amigos do menor.

No direito pátrio a regulamentação é do tipo familiar; mas não se contempla o conselho de família nem o protetor.

& 3 ESPÉCIES

A tutela apresenta-se sob três formas: testamentária, legítima e dativa.

Testamentária - A nomeação é feita por testamento, codicilo ou outro documento autêntico (art.

407, parágrafo único). Entende-se por documento autêntico qualquer declaração em que não haja dúvida a respeito da identidade do signatário e da realidade da declaração.

A nomeação é feita pelas pessoas que a lei indica e na ordem que ela estatui, a saber: a) pai; b) mãe; c) avô paterno; d) avô materno (art. 407). Merece atenção um ponto: com a isonomia conjugal não se justifica mais a colocação da mulher em posição inferior ao homem. Se ambos são vivos, a nomeação deverá ser feita por ambos. Não há mais prevalência do pai. Com a ressalva feita, a ordem legal deverá ser observada, na falta ou na incapacidade dos que a preenchem, sucessivamente. Não depende de aprovação ou confirmação judicial.

A nomeação pelos pais reclama o pátrio poder, sendo nula aquela efetuada por quem, ao tempo de sua morte, não tinha o pátrio poder (art. 408).

A inclusão dos avós entre aqueles que podem constituir tutela testamentária é considerada resíduo do romanismo, porque, no direito pátrio, o pátrio poder é privativo dos pais.

Legítima - Se não há tutela testamentária, a tutela incumbirá aos parentes consangüíneos do menor, na ordem estatuída pelo diploma civil: 1º) o avô paterno, depois o materno e, na falta destes, a avó paterna ou a

materna; 2º) aos irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço; 3º) aos tios, sendo preferido o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço (art. 409).

Em que pese a ordem legal, o juiz poderá alterá-la se conveniente ao menor. E não poderia ser de outra forma, quando sabemos que prevalece sempre o bem do menor. O instituto é erigido no seu interesse, visando a sua proteção, o que permite maior poder de apreciação e solução que se direcione no sentido de assegurar-lhe tutela efetiva e completa.

Dativa - A tutela dativa realiza-se quando não há tutor testamentário ou legítimo; quando estes foram excluídos ou escusados da tutela; quando removidos por não idôneos, o tutor legítimo e o testamentário (art. 410). O tutor será pessoa idônea e residente no domicílio do menor.

Não nos esqueçamos que o Estatuto da Criança e do Adolescente admite a tutela em vida dos pais, mediante prévia decretação da perda ou da suspensão do pátrio poder (art. 36, parágrafo único).

Se os pais deixaram bens, a competência da nomeação é do juiz do inventário. Acerca dessa conexão, ou seja, entre a tutela e a herança, o velho princípio: ubi emolumentum hereditaris, ibi est onus tutelae.

Aos irmãos se dará um só tutor. A unidade da tutela justifica-se porque é vantajosa, pois facilita a administração dos bens e por serem os interesses comuns. Mas se forem nomeados mais de um, entende-se que deverão servir na ordem da designação (art. 411). A lei não proíbe que a nomeação recaia sobre uma pessoa para cada filho.

Entendemos que o art. 412 do diploma civil perde eficácia, porque o Estatuto da Criança e do Adolescente inclui, no elenco da colocação da família substituta, a tutela, estatuindo que ela se aplica a todo menor, independentemente de sua situação jurídica (art. 29).

## & 4 INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA TUTELA

O diploma civil enumera as pessoas que não podem ser tutoras, e caso a exerçam deverão ser exoneradas: 1º) os que não tiverem a livre administração de seus bens: se uma pessoa não é capaz de gerir seu próprio patrimônio, conseqüência natural que fique inibida para a tutela.



Ficam excluídos: os menores, os interditos, os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade, os pródigos e os falidos; 2º) os que tiverem qualquer conflito de interesses com o menor, seja por se acharem constituídos em obrigações para com ele; ou tiverem de fazer valer direitos contra ele; ou que estiverem demandando seus pais,

filhos ou cônjuges: a colisão de interesses prejudica a imparcialidade reclamada; 3º) os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido expressamente excluídos da tutela: a inimizade desqualifica o tutor. Se foi excluído por vontade dos pais, esta deve prevalecer; 4º) os condenados por crime de furto, roubo, estelionato ou falsidade, tenham ou não cumprido a pena: a inidoneidade é manifesta; 5º) as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores: aqui está patente, uma vez mais, a inidoneidade; 6º) os que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela: o que reclama exame, no caso concreto, é se o exercício da tutela será prejudicada pela função pública que o tutor está investido.

## & 5 ESCUSA

A tutela é um múnus público, o que resulta na necessidade de a lei determinar as causas de escusas, como o faz com a incapacidade. Entre os seus caracteres está a obrigatoriedade da função, admitindo-se a recusa ou a renúncia em casos específicos, que a lei enumera, a saber: a) as mulheres. Ao contrário do direito romano e do direito pátrio anterior, em que não podiam ser tutoras, o direito vigente manteve a escusa, fazendo desaparecer a proibição; b) os maiores de sessenta anos. Entende-se que a idade afasta as condições ideais para a administração dos bens e regência da pessoa do tutelado; c) os que tiverem em seu poder mais de cinco filhos; d) os impossibilitados por enfermidade; e) os que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; f) os que já

exercerem tutela ou curatela; g) os militares em serviço; h) a nomeação, recaindo em quem não é parente do menor, poderá recusar a tutela, se no lugar houver parente idôneo, consangüíneo ou afim, em condições de exercê-la. A solução justifica-se em decorrência do caráter familiar da tutela (arts. 414 e 415).

A escusa processa-se em juízo, devendo ser formulado o pedido nos cinco dias subseqüentes à intimação do nomeado (art. 1.192 do CPC, que alterou o prazo do art. 416 do CC).

& 6 GARANTIA DE TUTELA

Visando resguardar os interesses do tutelado, instituiu-se a hipoteca legal em favor do menor, sujeita à especialização e inscrição (art. 418). A especialização se fará nos dez dias subseqüentes ao compromisso prestado

por termo, em livro próprio rubricado pelo juiz. Formaliza-se antes da entrada no exercício do encargo (art. 1.188 do CPC). O processo de especialização da hipoteca legal vem disciplinada nos arts.1205 a 1210 do Código de Processo Civil, podendo ser requerida pelo tutor ou pelo representante do Ministério Público. Se todos os imóveis de propriedade do tutor não valerem o patrimônio do menor, a hipoteca será reforçada mediante caução real ou fidejussória, salvo se não tiver meios para isso (art. 419).

A hipoteca pode ser dispensada: 1º) se o menor não tiver patrimônio; 2º) se o tutor for de reconhecida idoneidade. Na primeira hipótese nada há para ser acautelado; na segunda, a idoneidade do tutor é a garantia do menor (arts. 1.190 do CPC e 419 do CC, in fine). É possível que o tutor seja admitido a entrar no exercício da tutela, prestando a garantia depois (art. 1.190 do CPC). Mister lembrar, ainda, a norma contida no art. 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A especialização da hipoteca legal é dispensada sempre que o tutelado não possuir bens ou rendimentos, ou por qualquer outro motivo relevante. O parágrafo único admite a dispensa se os bens, porventura existentes em nome do tutelado, constarem de instrumento público, devidamente registrado no registro de imóveis, ou se os rendimentos forem suficientes apenas para a mantença do tutelado, não havendo sobra significativa ou provável.

Simplifica-se significativamente a dispensa de hipoteca legal.

O juiz responde subsidiariamente pelos prejuízos que sofra o menor em razão de: a) insolvência do tutor; b) não ter exigido a garantia legal; c) ou não o remover, tanto que se tornou suspeito (art. 420). Responde pessoal e diretamente quando: a) não tiver nomeado tutor; b) quando a nomeação não houver sido oportuna (art. 421 ).

306 MARCO AURELIO S. VIANA

& 7 EXERCÍCIO DA TUTELA

O art. 422 do Código Civil enuncia que cumpre ao tutor reger a pessoa do menor, representá-lo, velar por ele, administrar-lhe os bens. A regência implica obrigação de dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme seus haveres e condições: reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção (art. 424). O

direito de correção tem sido admitido, mas sem excessos.

Em relação aos bens do tutelado, o tutor atua praticando os atos de administração, tal como fariam os pais.

O tutor tem a representação do menor nos atos da vida civil, assistindo-o se relativamente incapaz (art. 426, I).'fi Compete ao tutor, ainda: a) receber as rendas e pensões do menor; b) fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as da administração de seus bens; c) alienar os bens do menor destinados à venda (art. 426, II, III e IV).

A semelhança da tutela com o pátrio poder fica bem delineada, mas não há identidade, porque a tutela é exercida sob inspeção judicial (art. 422).

Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado dos bens e seus valores, ainda que os pais tenham dispensado (art. 423). O inventário dos bens é inafastável, porque ele concretiza o acervo patrimonial do tutelado e afasta o perigo de dispersão de seus bens," assegurando a devolução ao fim da tutela. A avaliação permite saber o montante do patrimônio do menor, possibilita a especialização da hipoteca legal.

A prática de determinados atos reclama autorização do juiz: a) fazer as despesas necessárias com a conservação e o melhoramento dos bens; b) receber as quantias devidas ao órfão e pagar-lhes as dívidas; c) aceitar, por ele, heranças, legados, ou doações, com ou sem encargo; d) transigir; e) promover-lhe, mediante praça pública, o arrendamento dos bens de raiz; f) vender-lhe em praça os móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis, nos casos em que for permitido (art. 429); g) propor em juízo as ações e promover todas as diligências a bem do menor, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos, segundo o disposto no art. 84 (art. 427); h) dar em comodato os bens confiados à sua guarda (art. 1.249).



Os imóveis só podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem e sempre em hasta pública (art. 429). A vantagem é manifesta quando as rendas do pupilo são insuficientes para fazer face às despesas com seus alimentos, e não há outros bens; o pagamento de dívidas, cuja solução não admita demora; a deterioração do imóvel; o pouco proveito do imóvel; para extinguir a comunhão; se fizer parte de algum estabelecimento de comércio ou indústria que deva ser alienado.

Em se tratando de imóvel em condomínio, a hasta pública é indispensável, em face dos dizeres da lei, apesar de respeitável opinião em contrário (Carvalho Santos). O dispositivo aplica-se apenas às alienações voluntárias, não alcançando a execução judicial e a desapropriação.

A prática de qualquer um dos atos enumerados nos arts. 429 e 1.249 do Código Civil, sem prévia autorização judicial, implica responsabilidade do tutor, sendo o ato passível de anulação, por iniciativa do órgão, quando atingir a maioridade, ou por outro tutor que venha a assumir o encargo.

Alguns atos, mesmo que precedidos de autorização judicial, são fulminados de nulidade, como está no art. 428 do diploma civil: 1º) adquirir, por si ou por interposta pessoa, por contrato particular, ou em hasta pública, bens móveis ou de raiz, pertencentes ao menor: o que se pretende é evitar que a colisão de interesses que venham prejudicar o menor, pela simulação de aquisições onerosas, ou afastando concorrentes da praça. Tais aquisições são sempre suspeitas de imoralidade; 2º) dispor dos bens do menor a título gratuito: veda-se a prática de liberalidade; 3º) constituir-se cessionário de crédito ou direito contra

o menor.

Em todos esses casos há nulidade por ilicitude do objeto (art. 145, II, CC).

Antes de assumir a tutela, o tutor declarará tudo o que lhe deve o menor, sob pena de não poder cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito, quando assumiu o munus (art. 430). Se o tutor não declara o crédito, tem-se que renunciou ao direito de exigilo, enquanto exercer a tutela.

No direito francês e no direito italiano a alienação de bens imóveis reclama a autorização do conselho de família.



O tutor responde pelos prejuízos que causar ao pupilo, por negligência, culpa ou dolo (art. 431, la parte).

Apesar de entendimento no sentido de que a tutela não admite remuneração, sendo ela gratuita, percebendo o tutor apenas uma gratificação, fato é que ela não é gratuita, pois o tutor recebe uma gratificação por seu trabalho, além de ser pago pelo que despender legalmente no exercício da tutela (art. 431, 2ª parte). Essa gratificação, se não for estipulada pelos pais do menor, será arbitrada pelo juiz (art. 431, parágrafo único). A gratificação terá lugar sempre que o tutor for pobre, sem recursos.

O tutor responde civilmente perante terceiros pelos atos do pupilo, desde que este se ache sob sua guarda e companhia (art. 1.531). Trata-se de culpa in vigilando.

O tutor não pode abdicar de suas atribuições, ou transmitir o encargo a outrem, porque a tutela é indivisível e indelegável.

## & 8 DOS BENS DO TUTELADO

Os tutores só poderão ter em seu poder dinheiro (dos tutelados) necessário para as despesas ordinárias com o sustento, a educação e a administração de seus bens (art. 432). A preocupação legal é que o tutor especule com o dinheiro do pupilo. O dinheiro será recolhido ao Banco do Brasil ou às Caixas Econômicas, a critério do juiz.

Os objetos de ouro, prata, pedras preciosas e móveis desnecessários serão vendidos em hasta pública, e seu produto convertido em títulos de responsabilidade da União ou dos Estados, recolhido às Caixas Econômicas ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme determinado pelo juiz. O mesmo destino terá o dinheiro proveniente de qualquer outra providência (art. 432. § 1º). A aplicação se faz imediato, respondendo o tutor pela demora, desde o dia que lhe deveria dar o destino acima indicado (art. 432, § 2º).

No direito francês, a gratificação tem caráter pessoal, obrigatório e gratuito, salvo a possibilidade que tem o Conselho de Família. no início da tutela. de fixar compensações que poderão ser creditadas ao tutor.

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA

Os valores depositados só poderão ser retirados mediante autorização judicial e nos casos indicados, a saber: a) para as despesas com o sustento e a educação do pupilo, ou a administração de seus bens (art. 472, I); b) para

se comprar bens de raiz e títulos da dívida pública da União ou dos Estados: c) para se empregar em conformidade com o disposto por quem os houver doado ou deixado; d) para se entregar aos órfãos, quando emancipados ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros (art. 433).

& 9 DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

Os tutores têm a obrigação de prestar contas de administração, ainda que os pais do tutelado tenham disposto de forma diferente (art. 434). A medida enseja fiscalização da administração desenvolvida, tornando efetiva a responsabilidade do tutor. As contas são prestadas na forma contábil, inventariados os bens, seus frutos e rendimentos, alinhando as receitas e as despesas, justificando-se cabalmente o passivo, oferecendo-se toda documentação, com dispensa apenas daquela pertinente a gastos de pequena monta, em que habitualmente não se exige recibos.

Procede-se à prestação de contas: a) de dois em dois anos; ou b) quando os tutores, por qualquer motivo, deixarem a tutela; ou c) toda vez que o juiz houver por conveniente (art. 436).

Processa-se em juízo, e, se não há impugnação dos interessados (o menor, o novo tutor nomeado em substituição ao que presta) ou do Ministério Público, elas são desde logo aprovadas.

Impugnadas, procede-se na forma do art. 914 do Código de Processo Civil. Os saldos serão recolhidos imediatamente na Caixa Econômica, ou aplicadas na aquisição de imóveis ou títulos da dívida pública

(art. 436, parágrafo único).

Anualmente os tutores apresentarão um balanço de sua administração, que nada

mais é do que uma prestação de contas preparatória. (art. 435) Aprovado, será anexado aos autos do inventário.

Atingida a capacidade plena, pela emancipação ou pela maioridade, finda está a tutela. O tutor prestará contas, medida protetiva do pupilo. Este, pela ascendência do tutor, ou na ânsia de eliminar os resquícios de sua recente incapacidade poderia ser levado a dar-lhe quitação. Por isso é



que a lei determina que a quitação do tutelado, embora maior ou emancipado, não vale enquanto as contas do tutor não forem achadas conforme pelo magistrado (art. 437). Ocorrendo a morte, ausência ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes (art. 438). Serão levadas a crédito do tutor todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor (art. 439). As despesas envolvendo a prestação de contas correm por conta do menor, pois elas se fazem no seu interesse. Se há contencioso, com a impugnação das contas, as despesas serão pagas segundo o princípio da sucumbência (art. 440).

O alcance do tutor, bem como o saldo contra o tutelado, vencerá juros, desde o julgamento definitivo das contas. Em havendo alcance o tutor recolherá o saldo e seus juros; se o saldo é contra o menor, compreensível o pagamento dos juros.

## & 10 CESSAÇÃO DA TUTELA

Os tutores são obrigados a servir pelo prazo de dois anos (art. 444). Seu caráter temporário justifica-se, porque se trata de munus, não devendo recair indefinidamente sobre a mesma pessoa.

Mas é possível que permaneça com o encargo além do prazo estatuído, se for conveniente ao menor, e o juiz assim se manifestar, querendo o tutor (art. 444, parágrafo único).

A cessação da tutela se dá objetivamente, dizendo respeito ao pupilo, ou de maneira absoluta, ou subjetivamente, ou relativa, pertinente às funções do tutor. Ela se dá em reação ao tutelado, ou ao próprio tutor.

Os motivos pertinentes ao menor são os seguintes: 1º) com a maioridade, ou a

emancipação: a tutela, no direito pátrio, envolve apenas os menores. Vencida a menoridade, ela não encontra campo. Se houver necessidade de representação, o instituto próprio é a curatela; 2º) caindo o menor sob o pátrio poder, no caso de legitimação, reconhecimento, ou adoção: se o pátrio poder se instala, a tutela perde sua razão de ser (art. 442). A tutela é sucedânea do pátrio poder.

Em relação ao tutor, cessa: 1º) expirado o termo em que era obrigado a servir. Vimos que a tutela é temporária fixando o diploma



civil, em dois anos, o prazo em que o tutor deverá servir. Findo o prazo, está liberado; 2º) se sobreviver escusa legítima o pedido de dispensa virá fundamentado em uma das hipóteses previstas no art. 414; 3º) quando se dá a remoção do tutor. A remoção decorre de destituição por negligência ou prevaricação, assumindo caráter de sanção; por incapacidade, que implica em superveniência de um dos motivos que impedem a sua nomeação (art. 443).

Na esfera trabalhista vamos encontrar hipóteses para remoção, previstas no art. 437 da Consolidação das Leis do Trabalho: trabalho em locais ou serviços perigosos, insalubres ou prejudiciais à sua moralidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 38, manda aplicar à destituição da tutela, a norma do art. 24 do Estatuto. Este dispositivo, a seu turno, reporta-se ao art. 22, em que se dispõe a respeito do dever de sustento, guarda e educação do menor, bem como a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Envolve aquela hipótese de

abandono prevista no art. 395 do Código Civil.

O pedido de remoção poderá ser formulado pelo Ministério Público, ou por qualquer interessado, bem como de ofício, pelo juiz, quando tiver conhecimento de irregularidades no exercício da tutela. A remoção se faz na forma dos arts. 1.194 e seguintes do Código de Processo Civil.

## Capítulo 21

## DA CURATELA

Sumário

# 1 Colocação do tema

# 2 Curatela e direito positivo

3 Loucos de todos os gêneros

## 4 Surdos-mudos

5 Toxicômanos

6 Pródigo

7 Quem pode requerer a interdição

# 8 Processo

9 Disposições da tutela aplicáveis à curatela

10 Levantamento da interdição

# 11 Curatela do nascituro

& 1 COLOCAÇÃO DO TEMA

A curatela é um dos institutos de proteção dos incapazes, mas cuja incapacidade não resulta da idade. São pessoas que, embora maiores, estão impossibilitados de reger sua pessoa e bens. A tutela dirige-se à pessoa e bens ou tão-somente aos bens.

Sua redução a uma unidade conceitual é tarefa árdua, porque não se tem um instituto único, mas um complexo de institutos, com aplicação a situações diversas,' que melhor ficam, sob o enfoque técnico de curadorias.

Como ressaltado, ela tem duplo alcance, pois pode ser deferida para reger a pessoa e bens, ou tão-somente os bens.

O pressuposto fático da curatela é a incapacidade. O indivíduo se vê impossibilitado de querer, sendo afastado da vida jurídica, pela suas condições pessoais, que inibem possa ele agir por ato próprio. O direito despreza sua vontade. Cria, então, um mecanismo para que ela participe do tráfico jurídico. É o instituto da representação, cuja finalidade é justamente contornar a privação da capacidade de fato. O pressuposto jurídico é uma decisão judicial, pois só o juiz pode deferi-la.

A curatela é exercida pelo curador; quem está sob curatela é chamado de curatelado ou interditado.

Distingue-se da tutela porque: a) é dada a maiores; b) é sempre deferida pelo juiz; c) pode abranger apenas a administração dos bens; d) os poderes do curador são mais restritos do que os do tutor.

316 MARCO AURELIO S. VIANA

& 2 CURATELA E DIREITO POSITIVO

O Código Civil disciplinou a curatela dos loucos, dos surdos-mudos, dos pródigos, dos nascituros e dos ausentes. A legislação posterior dispôs a respeito

da assistência e proteção dos psicopatas e dos toxicômanos.

Temos, ainda, no campo do direito das sucessões a curatela que o de cujus estabeleceu para os bens deixados a menor herdeiro ou legatário (art. 411, parágrafo único), e a que se dá na denominada herança jacente; no âmbito do direito judicial estão as curadorias gerais de órfãos, resíduos, massas falidas e ausentes, integrando o Ministério Público com atribuições definidas e discriminadas em lei (Lei Orgânica do Ministério Público, Leis Orgânicas de Organização Judiciária); a curadoria ad litem, que é mista de civil e processual, alcançando os conflitos de interesses entre incapaz e seu representante (filhos sob o pátrio poder com os pais, e tutelados e curatelados com os tutores e curadores), o réu ausente; ainda com caráter processual, a curadoria para a defesa do casamento, nas ações de nulidade e anulação de casamento (defensor do vínculo), ou do interditando no processo respectivo.

& 3 LOUCOS DE TODOS OS GÊNEROS

O diploma civil utiliza a expressão loucos de todo o gênero, que tem merecido críticas, para agasalhar todos aqueles que apresentam defeito psíquico que inibe o portador de reger sua pessoa e bens. Aqui estão o alienado, o amental, o psicopata, na linguagem do Decreto n. 24.559/34, que modificou o direito comum, considerando aqueles desvios mentais de pouca intensidade, que desaconselhavam a incapacidade absoluta. Isso equivale a dizer que resta contemplado todo e qualquer processo patológico, desde o denominado furioso até as alterações das faculdades mentais de menor intensidade, cuja identificação reclama conhecimento especializado.

Vimos que a curatela reclama um pressuposto jurídico, que é a sentença judicial, que se apura em processo de interdição (arts. 1.177 e seg. do CPC).

CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 317

O estado de alienação deve ser prolongado, duradouro, permanente, habitual, mas não é necessário que seja ininterrupto, porque mesmo o paciente que apresente lúcidos intervalos pode ser interditado. A legislação pátria não considerou os lúcidos intervalos. A tutela é mais adequada, no interesse do comércio social e do próprio portador da enfermidade mental, pois a tutela seria menos rígida se admitida a discussão a respeito dos atos praticados durante os

lucida intervalla. Há uma melhor solução para os interesses envolvidos.

Merece especial atenção a validade dos atos praticados pelo alienado antes da interdição.

A sentença exarada em processo de interdição declara um estado anterior, ou seja, a doença mental. É ela que determina a incapacidade, declarando o estado de coisas. A sentença reconhece a doença mental e decreta a interdição, inibindo a capacidade de fato e nulos serão os atos praticados pelo doente mental. Há pré-constituição da prova da insanidade, o que por si só basta para a ineficácia. Com pertinência aos atos anteriores vamos encontrar duas ordens de interesses que reclamam conciliação: a) aquele do alienado, que atuou sem o necessário discernimento;

b) o do contratante, que com o amental celebrou negócio jurídico, agindo de boa-fé. A legislação pátria silencia a respeito.

Há quem sustente que todo e qualquer ato praticado pelo alienado, mesmo anterior à sentença de interdição, seria nulo. A solução é severa porque é possível que o contratante não conhecesse o estado mental do demente, tendo avençado de boa-fé. A nosso ver, se aquele que contrata com o amental estava de boa-fé, o negócio prevalece. Se ele dispunha de elementos que autorizavam concluir que havia doença mental, se ela era notória, se era possível apurar-se a condição do amental, com alguma diligência, ou se a própria estrutura do negócio evidenciava que ele não

estava em seu juízo perfeito, o negócio não terá validade, pois não há boa-fé a merecer tutela. No direito francês admite-se a anulação dos atos anteriores à interdição se for notória a causa da interdição. A notoriedade do fato prende-se ao seu conhecimento, no lugar, por todos os habitantes 318 MARCO AURÉLIO S. VIANA

ou grande número deles. É o bastante a possibilidade de ser conhecido por meio de ciência pública ou comum. Há quem sustente que a demência deve ser de conhecimento público geral, não sendo necessário que haja conhecimento pessoal daquele que contratou com o amental.

Os loucos, sempre que parecer inconveniente conservá-los em casa, ou o exigir o

seu tratamento, serão recolhidos em estabelecimento adequado (art.

457).

& 4 SURDOS-MUDOS

Os surdos-mudos estão sujeitos à curatela. Isso se dá somente quando há impossibilidade de expressar sua vontade. A norma contida no art. 446, II, do diploma civil, enuncia que a curatela envolve aqueles que não hajam recebido instrução adequada que os habilite para enunciar com precisão sua vontade.

A presença do surdo-mudo no comércio jurídico depende apenas de sua capacidade de se expressar, de manifestar sua vontade, o que se consegue mediante educação específica, que o torna apto ao discernimento que exige para atuar no universo jurídico.

O juiz pode graduar o poder do curador, segundo o desenvolvimento mental do interditado (art. 451 ). Dessa forma é possível atender àquelas situações intermediárias entre a incapacidade absoluta e a plena capacidade. Com isso é possível considerar absolutamente incapaz o surdo-mudo que não possa exprimir sua vontade, quer por ser a surdo-mudez oriunda de lesão cerebral, agravada pela idiotia ou imbecilidade, quer por ser ainda inculto o surdo-mudo apto a educação. O surdo-mudo poderá ser considerado incapaz para certos atos ou para a maneira de os praticar.

& 5 TOXICÔMANOS

Os toxicômanos são colocados sob curatela que é, também, variável, segundo a gravidade da intoxicação. Eles serão internados em estabelecimento apropriado e não poderão praticar ato jurídico de alienação ou administração dos bens, nos noventa dias seguintes, a não ser por seu cônjuge, CURSO DE DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA 319

pai, mãe ou descendente maior, uns na falta dos outros. Vencidos os noventa dias, e persistindo a doença, temos duas soluções: a) a nomeação de administrador provisório dos bens do psicopata; b) sua interdição imediata.

Nomeado administrador provisório, suas funções serão exercidas pelo período de dois anos. A matéria vem regida pelo Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934, e

pelo Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938.

& 6 PRÓDIGO

Pródigo é o indivíduo que desbarata sua fortuna, fazendo despesas imoderadas, que podem levá-lo à miséria. O fundamento da incapacidade é a tutela do patrimônio familiar, que seria comprometido.

Os pródigos estão sujeitos à curatela (art. 446, II, do CC), mas ela só será requerida em havendo cônjuge, ascendente ou descendente que a promova (art. 460).

Ele praticará, por si, apenas os atos de mera administração, ficando privado de exercitar aqueles que implicam comprometimento do patrimônio: emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado (art. 459). Tais atos dependem da assistência do curador. A incapacidade é relativa, mas se a prodigalidade é sintoma de grave estado psíquico, a curatela será ampla, tal como a dos loucos.

A interdição será levantada em cessando a incapacidade que a determinou, ou não mais existindo os parentes designados (art. 461, I).

Os atos que o pródigo pratica durante a interdição são passíveis de anulação, que será argüida pelo próprio pródigo, pelo cônjuge, ascendente ou descendente (art. 461, parágrafo único).

A inclusão do pródigo no rol dos incapazes não encontra tratamento uniforme.

No direito francês ele não é afastado do comércio jurídico, sendo assistido por um conselho judiciário. Planiol observa que a prodigalidade é, na ordem dos interesses pecuniários, uma manifestação de fraqueza da vontade. O pródigo é inapto para defender seus interesses, razão pela qual é nomeado pela Justiça um conselho judiciário, que funciona como



curador, assistindo o pródigo nos atos enumerados no art. 513 do Código Civil francês, tais como: demandar, transigir, emprestar, alienar, gravar bens, etc.

O instituto tem suas raízes no direito romano, quando havia uma espécie de compropriedade da família, implicando prejuízo para o grupo a dilapidação da fortuna. A interdição dizia respeito apenas aos bens que o indivíduo, por força da lei, herdava de seus parentes. O direito pretoriano fez com que a prodigalidade alcançasse todos os casos de desperdício, mesmo os bens havidos por aquisição própria.

No campo econômico entendem alguns que os pródigos são inócuos, porque o que despendem entra na circulação da riqueza social, enquanto outros consideram-nos nocivos, porque perturbam o desenvolvimento da riqueza social.

& 7 QUEM PODE REQUERER A INTERDIÇÃO

A interdição será promovida: a) pelo pai, mãe ou tutor; b) pelo cônjuge, ou algum parente próximo; c) pelo Ministério Público (art. 477). A enumeração é taxativa.

A atuação do Ministério Público restringe-se ao caso de loucura furiosa, pelo risco existente para a sociedade. Ele atua se não existirem ou não promoverem a interdição as outras pessoas indicadas por lei, ou se eles forem menores ou incapazes (art. 448). Se o Ministério Público requer a interdição, será nomeado curador à lide, e, nos demais casos, o próprio Ministério Público será o defensor (art. 449).

O art. 447, II, do Código Civil legitima para o pedido algum parente próximo. A expressão não é de boa técnica. À míngua de critério seguro não se pode, a toda evidência, alargar o seu conceito, de forma a abarcar todo e qualquer parente. O conceito de proximidade deve ser interpretado em sentido restrito. Parece-nos adequado o critério que

apóia o parentesco próximo na capacidade para suceder, porque o do art. 1.182, do Código de Processo Civil, Cuidando da impugnação do pedido, legitimou qualquer dos parentes sucessíveis para constituir-lhe advogado. Por isso parente próximo deve ser entendido como os parentes abrangidos até o 4º grau.



& 8 PROCESSO

A curatela reclama sentença judicial reconhecendo e declarando a interdição. O foro competente é o do domicílio do requerente. O procedimento é o dos arts. 1.177 a 1.186 do Código de Processo Civil. O que se pretende, no processo de interdição, é a nomeação de um curador, sendo a verificação do estado de incapacidade o caminho para alcançar-se aquela finalidade.

Se o pedido é formulado pelo Ministério Público, será nomeado curador à lide (art. 1.179 do CPC). Nos demais casos ele oficiará.

O juiz nomeará perito para examinar o interditando, determinando-lhe a citação para interrogatório. O interrogatório é ato essencial, implicando a falta de exame em anulação parcial do processo (RF 252/187).

Concluída a instrução, o juiz decidirá. Se decretar a interdição, nomeará curador provisório, que será definitivo quando a sentença passar em julgado ou for confirmada.

A sentença é declaratória, o que permite aos interessados pugnar pela anulação de atos anteriores, desde que façam prova de que eles foram praticados sob a ação da insanidade mental. A sentença produz efeitos desde logo, embora sujeita à apelação, e será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa e os limites da curatela.

A nomeação do curador obedecerá à seguinte ordem: a) o cônjuge não separado judicialmente é curador do outro; b) na falta do cônjuge, o encargo recai sobre o pai; c) na falta deste, à mãe; d) na falta desta, ao descendente maior. Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos, e dentre os do mesmo grau, os varões às mulheres. Na falta das pessoas mencionadas, a escolha do curador cabe ao juiz (art. 454).

A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, nascidos ou nascituros (art. 458).

## & 9 DISPOSIÇÕES DA TUTELA APLICÁVEIS À CURATELA

Decretada a interdição, o interdito fica sob curatela, e a ela são aplicáveis as

disposições legais relativas à tutela, com restrição ao art.

451 (art. 453). Vigoram as causas voluntárias e proibitórias (arts. 413 e 414); 322 MARCO AURELIO S. VIANA

será feita especialização de hipoteca; haverá prestação de contas; cabem os direitos e deveres relativos à pessoa e aos bens do curatelado, referidos na Seção V e relativos ao exercício da tutela.

Se o curador for o cônjuge, não está obrigado a apresentar os balanços anuais, nem a fazer inventário, se o regime de casamento for de comunhão, ou se os bens do incapaz se acharem descritos em instrumento público, qualquer que seja o regime de casamento (art. 455).

Em caso de alienação de bens, reclama-se hasta pública e prévia autorização judicial, exceção feita aos casos em que o curador é o cônjuge, oportunidade em que basta a autorização judicial.

& 10 LEVANTAMENTO DA INTERDIÇÃO

Cessada a causa que determinou a interdição, o interdito poderá demandar seu levantamento. No caso de prodigalidade, admite-se a solução se não mais existirem os parentes designados no art. 460, também.

O processo corre em apenso aos autos da interdição nomeando-se perito para examinar o interditado, designando audiência de instrução e julgamento, após a apresentação do laudo.

Se a pretensão foi acolhida, levanta-se a interdição e a sentença será publicada, após o trânsito em julgado, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais (art. 1.186 do CPC e Lei n. 6.015/73).

& 11 CURATELA DO NASCITURO

O art. 462 do Código Civil, completando o pensamento inserido no art. 4º

do diploma civil, manda seja dado curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida e não tendo o pátrio poder. E isto se dá quando ela é incapaz por alienação mental, ou lhe for retirado o pátrio poder. Se ela estiver interditada,

seu curador será o do nascituro (art. 462, parágrafo único).

A finalidade da curadoria é velar pelos interesses do nascituro e impedir, em favor do feto e de terceiros, a suposição, a substituição e a supressão do parto. O interesse da nomeação está vinculado ao fato de o nascituro ter de receber uma herança, legado ou doação. A posse em nome do nascituro vem disciplinada nos art. 877 e 878, ambos do Código de Processo Civil.

Capítulo 22

DA AUSÊNCIA

Sumário

1 Noções introdutórias

# 2 Curadoria do ausente

3 Sucessão provisória

4 Sucessão definitiva

5 Efeitos quanto aos direitos de família

& 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ausente é aquele que desaparece do seu domicílio, sem que dele se tenha qualquer notícia.

Dele não se sabe qual a habitação e cuja própria existência levanta dúvida. No direito pátrio ele é considerado incapaz, o que, cientificamente, é deformação conceitual.

Para que tenhamos a ausência é mister a não-presença, a falta de notícias e a decisão judicial.

Conhece três fases:1ª) visa à conservação dos bens do ausente e à preservação de seus interesses. Há interesse social em que se preservem seus bens, evitando que se deteriorem ou pereçam. É a fase da curadoria do ausente. O curador limita-se à administração do patrimônio; 2ª) aqui a lei volta-se para seus sucessores, conciliando os interesses existentes. Tem-se a sucessão provisória; 3ª) dez anos após passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, tem lugar a sucessão definitiva.

Mister observar que a caracterização da ausência se faz pelo desaparecimento da pessoa, sem que dela haja notícia, sem que tenha deixado representante ou procurador a quem toque administrar-lhe os bens (art. 463), ou o mandatário deixado pelo ausente não queira exercer o mandato (art. 464).

& 2 CURADORIA DO AUSENTE

Caracterizada a ausência, na forma dos arts. 463 e 464, ambos do Código Civil, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministério Público,

nomear-lhe-á curador. A curadoria fica restrita aos bens. O juiz do domicílio do ausente nomeará o curador, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores (art.

465).

A curatela do ausente cabe ao cônjuge não separado judicialmente; em sua falta ao pai; à mãe, aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o encargo; entre os descendentes os mais próximos precedem os mais remotos e, entre os do mesmo grau, os varões precedem às mulheres (arts. 466 e 467, parágrafo único).

Feita a arrecadação, o juiz mandará publicar editais durante um ano, reproduzidos de dois em dois meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens (art. 1.161 do CPC). Se o

ausente comparece pessoalmente, ou seu procurador, ou quem o represente, ou se tem certeza de sua morte, cessa a curadoria. Mas se transcorre o prazo de um ano sem que ele, seu procurador ou quem o represente, compareça, ou não se tem certeza de sua morte, é aberta sucessão provisória. Nos casos de arrecadação de herança ou quinhão de herdeiros ausentes, aplica-se o art. 1.591 e 1.594 do Código Civil (art. 468).

& 3 SUCESSÃO PROVISÓRIA

O art. 1.163 do Código de Processo Civil reduziu de dois para um ano o prazo para sucessão provisória, contado da publicação do primeiro edital.

A sucessão provisória será requerida: a) pelo cônjuge não separado judicialmente; b) os herdeiros presumidos legítimos e os testamentários; c) os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte; d) os credores de obrigações vencidas e não pagas (art.

470 do CC e 1.163, § 2º, do CPC).

O interessado pedirá a citação pessoal dos herdeiros presentes e do curador e, por editais, a dos ausentes para oferecer artigos de habilitação (art.1.164 do CPC). A habilitação dos herdeiros obedecerá ao processo do art. 1.057 do diploma processual civil (art. 1. I 64, parágrafo único, do CPC).

A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeitos

seis meses depois de publicada pela imprensa, mas, logo que passe em julgado, se procederá à abertura do testamento, se existir e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente houvesse falecido (art. 470 do CC e art.1.165 do CPC).

Os bens são entregues aos herdeiros, que são imitidos em sua posse, mas em caráter provisório e condicional, porque estão obrigados a dar garantia pignoratícia ou hipotecária de restituir o quinhão (art. 473).

Outras providências acautelatórias são tomadas, a saber: a) antes da partilha haverá conversão dos bens móveis, sujeitos a deterioração ou



extravio, em imóveis, ou em títulos da dívida pública da União ou dos Estados (art. 472); b) na partilha, os imóveis serão confiados em sua integridade aos sucessores provisórios mais idôneos (art. 474); c) a alienação de imóveis do ausente depende de autorização judicial, com a finalidade de evitar a sua ruína, ou quando convenha convertê-los em

títulos da dívida pública. Só a desapropriação afasta tais exigências; d) os sucessores provisórios representam ativa e passivamente o ausente (art. 476); e) ao sucessor provisório cabem os frutos e rendimentos dos bens, se for o cônjuge descendente ou ascendente (art. 477); f) o que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber à administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste a dita garantia (art. 473, parágrafo único). Mas, justificando a falta de meios, está em condições de requerer a entrega de metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocaria (art. 468).

Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitidos, ficando, todavia, obrigado a tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a seu dono (art.

480).

Se durante a posse provisória restar provada a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros,

que o eram àquele tempo (arts. 479 do CC, e 1.167, I, do CPC).

Passada em julgado a sentença que mandar abrir a sucessão provisória, e não atendendo herdeiro ou interessado, tem lugar a arrecadação dos bens do ausente, na forma dos arts. 1.591 a 1.594 (art. 471, § 2º, do CC). O Código de Processo Civil edita que, se dentro de trinta dias não comparecer interessado ou herdeiro que requeira o inventário, a herança será considerada jacente (art. 1.165, parágrafo único).

& 4 SUCESSÃO DEFINITIVA

A sucessão definitiva será requerida dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória (art. 1.167, II, do CPC, e art. 481 do CC), ou restando provado que o ausente conta oitenta anos de idade e houverem decorridos cinco anos das últimas notícias suas (arts. 1.167, II, do CPC, e art. 482 do CC). Os sucessores deixam de ser provisórios e adquirem o domínio dos bens recebidos. A propriedade é resolúvel porque, se o ausente regressa nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes,



ou ascendentes, aquele ou estes haverão os bens existentes no estado em que se acharem, ou os sub-rogados em seu lugar ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo (art. 483 do CC, e art.1.168 do CPC).

Se nos dez anos o ausente não regressar e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, a plena propriedade dos bens arrecadados passará ao Estado, ou ao Distrito Federal, se o ausente era domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se era em Território ainda não constituído em Estado (art. 483, parágrafo único).

A sentença declaratória da ausência será inscrita no Registro Público (art. 12, IV, do CC). A regulamentação vem nos arts. 94 e 104 da Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73).

& 5 EFEITOS QUANTO AOS DIREITOS DE FAMÍLIA

Se o ausente deixar filhos menores, e o outro cônjuge houver falecido, ou não tiver direito ao exercício do pátrio poder, proceder-se-á com esses filhos como se fossem órfãos de pai e mãe (art.

484).

A ausência só se equipara à morte para efeitos patrimoniais, não para fins matrimoniais.