

# DIREITO DE FAMÍLIA

João Paulo de Carvalho Cruz<sup>1</sup>

## **- FAMÍLIA:**

**1- CONCEITO:** denomina-se família o grupo de pessoas que possuem um vínculo, seja ele consanguíneo ou afetivo, baseado no eudemonismo, em outras palavras, na busca da felicidade. Nesse sentido, leciona o Prof. Pablo Stolze Gagliano:

Trata-se, em nosso sentir, de um ente despersonalizado, célula-mater da sociedade, cuja definição é ditada pelo vínculo de afetividade que une as pessoas, não cabendo ao Estado definir, mas, tão-somente, reconhecer esses núcleos (típicos ou não).

## **2- EVOLUÇÃO:**

A família, como ente social, vem evoluindo gradativamente desde os tempos mais remotos até a atualidade. E a referida evolução vai desde a forma como é composta até sua função na sociedade.

Sob a perspectiva clássica, a família era patriarcal e hierarquizada, sendo o pátrio-poder exclusividade do homem, chefe da família. A mulher era relativamente incapaz, ela saía da responsabilidade de seu pai para ficar sob a responsabilidade de seu marido, não podia possuir ou administrar patrimônio.

Somente se constituía uma família através do casamento, o qual era indissolúvel. A formação da família objetivava a manutenção do patrimônio e, por isso, o casamento deveria ser heteropaerental e apenas pertencia à família os entes com vínculos biológicos e legítimos. Nesse sentido, com o casamento buscava-se a reprodução para aumento da família e conseqüentemente maior produção e aumento de patrimônio. Era tão clara a função do casamento que a infertilidade da mulher era uma causa de anulação do casamento.

Com as mudanças e evoluções sociais, a família, célula máter dessa sociedade, também evoluiu. Sob a perspectiva contemporânea, a família

---

<sup>1</sup> Acadêmico de Direito nas Faculdades Del Rey Uniesp. Monitor de Direito Civil das Faculdades Del Rey Uniesp. Professora Orientadora: Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas. Sargento da Polícia Militar de Minas Gerais.

passou a ser pluralizada e democrática e constituição de 1988 trouxe a igualdade além de proibir qualquer distinção entre as pessoas, por isso, tanto o homem como a mulher passou a exercer o poder familiar com igualdade, bem como a mulher passou a ser capaz para possuir e administrar o seu patrimônio. Além disso, o casamento deixou de ser a única forma de constituição da família, o texto constitucional reconheceu outras formas de constituição de família, como a união estável por exemplo.

A base contemporânea para a consolidação da família é o afeto e o seu objetivo é a busca pela felicidade, portanto, o casamento passou a ser um mero instrumento para essa consolidação. Dessa forma, tanto os vínculos biológicos, jurídicos ou sócio-afetivos, constituídos dentro ou fora do casamento, integram o conjunto para a consolidação da família.

#### QUADRO COMPARATIVO DA EVOLUÇÃO DO DIR. DE FAMÍLIA.

<b>DIR. FAMÍLIA CLÁSSICO</b>	<b>DIR. FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO</b>
MATRIMONIALIZADA	PLURALIZADA
PATRIARCAL	DEMOCRÁTICA
HIERARQUIZADA	SUBSTANCIALMENTE IGUALITÁRIA
HETEROPARENTAL	HETERO, HOMO, OU POLIAMORISTA
BIOLÓGICA	BIOLÓGICA OU SOCIOAFETIVA
UNIDADE DE PRODUÇÃO E REPRODUÇÃO	
CARÁTER INSTITUCIONAL	CARÁTER INSTRUMENTAL

### 3- ESPÉCIES DE FAMÍLIA:

A partir da evolução ocorrida na sociedade o conceito de família foi flexibilizado. Por esse motivo, conforme dito anteriormente pelo Prof. Stolze, não cabe ao Estado definir, mas tão somente reconhecer as entidades familiares que surgirem. A seguir serão demonstradas algumas espécies.

#### 3.1- FAMÍLIA MATRIMONIALIZADA-

Este modelo de família é o mais tradicional no âmbito do direito, por esse modelo a família se institui através do matrimônio.

### **3.2- FAMÍLIA FÁTICA-**

Esse modelo refere-se ao conjunto de pessoas que convivem de fato como uma família, mas sem estar formalmente instituída a família. A constituição no Art. 226, §3º, reconhece a União Estável como entidade familiar.

### **3.3- FAMÍLIA UNIPARENTAL-**

É a família composta por apenas uma pessoa. O reconhecimento desse modelo de família proporciona segurança jurídica a quem vive sob essa realidade, pois terá protegido seus bens de família, o que não poderia ocorrer sem tal reconhecimento.

### **3.4- FAMÍLIA MONOPARENTAL-**

É a família composta por parentalidade exclusiva que seria os descendentes com um dos pais.

### **3.5- FAMÍLIA RECOMPOSTA-**

É a família composta por uma situação de convivência reformulada, também chamada de mosaico. Esse modelo se dá quando uma pessoa se une a outra como cônjuge ou companheiro sendo um deles o ente de um núcleo monoparental. Dessa forma, o que chegou passa a ser padrasto ou madrasta dos filhos que a outra pessoa possuía.

### **3.6- FAMÍLIA HOMOAFETIVA-**

É a família composta por pares de pessoas do mesmo sexo que se tomam por cônjuges ou companheiros.

### **3.7- FAMÍLIA SIMULTÂNEA-**

É a família que possui pluralidade sincrônica de núcleos diversos tendo eles um membro em comum em uma relação afetivo-sexual. Também chamada de adúltera ou concubina. (CONCOBITATO ILEGÍTIMO)

### **3.8- FAMÍLIA ANAPARENTAL-**

É a família pluriparental constituída pela colateralidade de vínculos. Nesse sentido, esse modelo pode ser constituído pela convivência de irmãos, de tios e sobrinhos, de primos ou outros.

### **3.9- FAMÍLIA POLIAFETIVA-**

É a família composta por mais de dois entes que se tomam por companheiros. Nesse modelo os entes se vinculam em comum acordo, pois, se não fosse, configuraria o concubinato. Esse modelo também é chamado de poliamorismo.

## **4- PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA:**

Os princípios são normas jurídicas que possuem mandados de otimização além de terem alto grau de generalidade. Dessa forma, quando surgir um aparente choque de princípios, o operador do direito não poderá escolher aplicar um princípio em detrimento do outro. Ele deverá fazer uma dosagem técnica de cada um dos princípios a fim de obter o melhor resultado possível.

Na concepção contemporânea o Direito de família objetiva a proteção das pessoas em detrimento do patrimônio. Portanto, os princípios do Direito de Família também devem buscar tal objetivo. Dentre os princípios do Direito de Família temos:

### **4.1- Princípio do livre desenvolvimento da personalidade-**

Pelo pensamento liberal, seria a autonomia o principal direito de personalidade. Dessa forma, por esse princípio, as pessoas tem direito a auto-determinação, a liberdade de tomar suas próprias decisões naquela esfera que só diz respeito a sua individualidade, desde que isso não afete terceiros.

### **4.2- Princípio da intervenção mínima do Estado-**

Como a Constituição Federal de 1988 adotou um sistema aberto e não discriminatório acerca da normatização do direito de família, cabe ao Estado definir conceitos ou espécies de famílias, mas sim reconhece-las e dar-lhes a devida proteção. Por isso, o planejamento familiar, o convívio, ou outros

assuntos que atinja somente a família são de interesse apenas dos seus membros. Não cabe ao Estado invadir e sufocar a seara familiar.

#### **4.3- Princípio da solidariedade-**

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. Mas a solidariedade, concebida como diretriz geral de conduta, no direito brasileiro, somente com a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico.

A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infra-constitucional.

Esse princípio refere-se à solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros ou conviventes, principalmente quanto à assistência moral e material.

#### **4.4- Princípio da afetividade-**

O afeto não se confunde necessariamente com o amor, caso o fizesse seria apenas um valor que pode ou não ser cultivado pelas pessoas. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa.

A afetividade como um dos princípios do direito de família brasileiro, que está implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil, deve ser entendida como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais.

Nesse sentido, o princípio da afetividade não vincula aos entes do núcleo familiar ao dever de amor ou convivência entre eles, mas sim ao de assistência. Como demonstrou em sua relatoria, a Min. Nancy Andrighi (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012) expondo a frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “amar é faculdade, cuidar é dever”.

#### **4.5- Princípio da monogamia-**

Nossa sociedade pauta-se pela singularidade das relações, fato que veda a existência simultânea de dois ou mais vínculos afetivos. Esse é o chamado dever de fidelidade que está expressamente disposto no texto da Art. 1.566, I, do Código Civil de 2002. O dever de fidelidade decorre do referido princípio.

#### **4.6- Princípio da Igualdade-**

O texto constitucional de 1988 foi quem inseriu esse princípio no Direito de Família. Com tal inovação, vários dispositivos do Código civil de 1916 que pregava o tratamento diferente entre os membros da entidade familiar, assim como os que previam direitos e obrigações distintos perderam sua vigência.

Esse princípio refere-se ao tratamento paritário, no qual todos tem os mesmos direitos e obrigações nas relações familiares. Em outras palavras, os cônjuges ou companheiros possuem os mesmos direitos e obrigações, independentemente se é o homem ou a mulher. Os filhos também, pouco importa se foram concebidos no seio familiar, ou em adultério, ou se foram adotados, todos tem os mesmos direitos e obrigações.

#### **4.7- Princípio da Pluralidade familiar-**

A partir do advento da Constituição Democrática de 1988 a família brasileira passou a ser redesenhada, com valores mais humanos, fraternos, plurais e igualitários, sempre fundados na dignidade da pessoa humana.

Com o novo texto constitucional quebrou-se a hegemonia do casamento como única forma de constituir família. Nestes moldes a família abraçou a pluralidade. Como nos ensina o Prof. Pablo Stolze Gagliano não cabe ao Estado definir, mas, tão-somente, reconhecer os núcleos e entidades familiares que surgem na sociedade.

### **PARENTESCO:**

**1- Conceito-** É a relação de vinculação existente entre indivíduos que descendem uns dos outros ou de um tronco comum, ou a vinculação baseada na afetividade entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar.

#### **2- Espécies-**

O vínculo jurídico do parentesco pode ser dar de três formas, são elas:

**2.1- Vínculo consanguíneo-** é o vínculo biológico que surge com a descendência.

**2.2- Vínculo civil-** é o vínculo criado ou reconhecido por ato jurídico como ocorre na adoção ou no parentesco sócio afetivo.

**2.3- Vínculo por afinidade-** é o vínculo criado pela união dos cônjuges, sendo esse vínculo entre um cônjuge e os parentes do outro, mas não entre os cônjuges em si. Os cônjuges não se tornam parentes um do outro pelo matrimônio.

### **3- Relação familiar-**

As relações familiares ou relações de parentesco se classificam em linhas e graus. A linha é vinculação em um tronco ancestral em comum e se dividem em: linha reta, ou linha colateral; já os graus seria basicamente a definição da proximidade do parentesco ou da geração.

A **LINHA RETA** de parentesco é a linha de ascendência ou descendência. Por ascendência se tem os pais, os avós, os bisavós, e assim sucessivamente. Já por descendência se tem os filhos, os netos, os bisnetos, e assim sucessivamente. Ressalta-se que em linha reta o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece limite de gerações, portanto, qualquer que seja o grau em ascendência ou descendência será parentesco para o ordenamento jurídico.

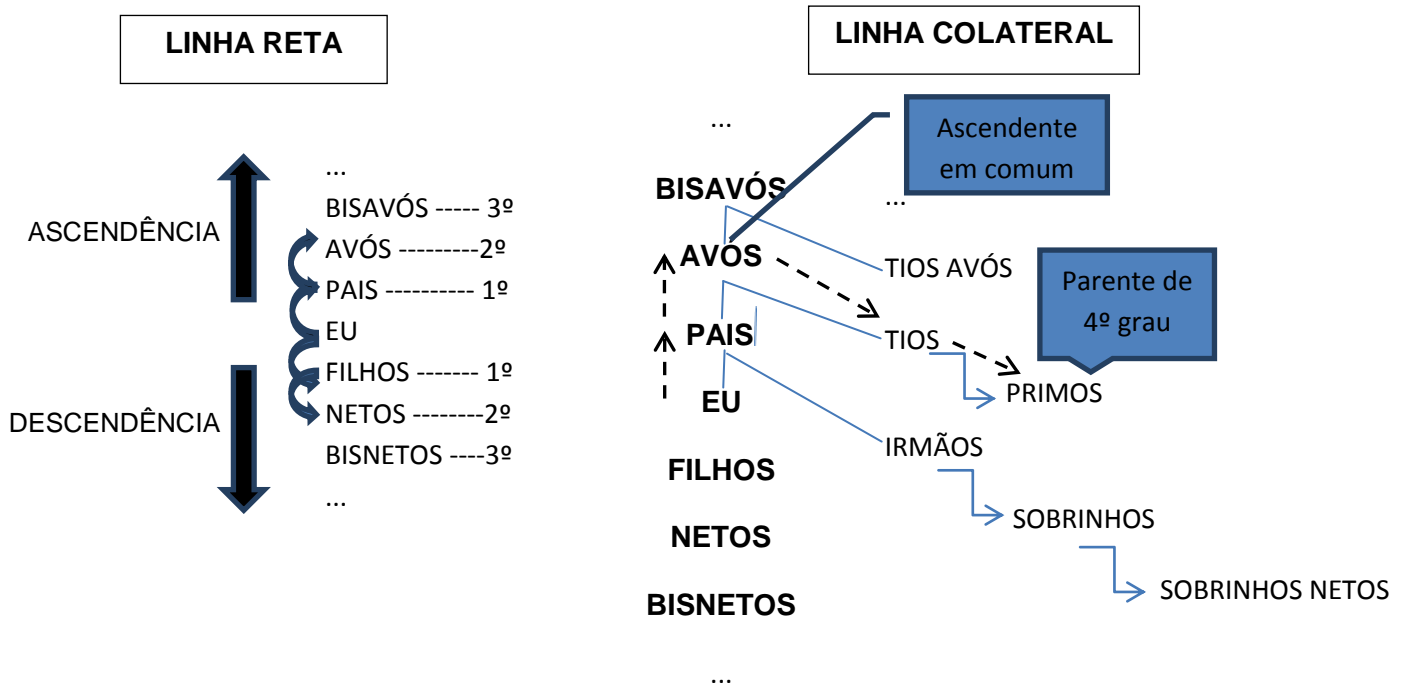
A **LINHA COLATERAL**, também chamada de oblíqua ou transversal, é a derivação do tronco familiar. Por linha colateral se tem os tios, tios avós, os primos, os sobrinhos, e assim sucessivamente. Entretanto, deferentemente do que ocorre na linha reta, para o ordenamento jurídico brasileiro, o parentesco em linha colateral vai apenas até o 4º grau.

Os graus de parentesco é a definição da proximidade da relação parental.

Na linha reta simplesmente se afere a geração de ascendência ou descendência partindo do ente familiar em análise. Em outras palavras, pretendendo aferir o grau de parentesco do avô deve-se contar as gerações ascendentes da pessoa. Assim o pai dessa pessoa é seu parente em linha reta de 1º grau e o avô é seu parente em linha reta de 2º grau. Para a descendência se procede da mesma forma. A cada geração que se afasta da pessoa é um grau a mais de parentesco.

Para a definição de grau na linha colateral de parentesco deve-se primeiro buscar na linha reta um ascendente em comum entre as pessoas cujo

parentesco está em análise e depois descer na linha colateral. A cada ente familiar que se passar para chegar até a pessoa que se pretende aferir o parentesco será contado um grau. Nesse sentido, para se aferir o grau de parentesco entre irmãos, por exemplo, sobe-se a linha reta até identificar o ascendente em comum, que é o pai (1º grau); depois desce na linha colateral até o outro filho que é o irmão (2º grau).



## CASAMENTO:

**1- Conceito-** É o vínculo jurídico que estabelece entre duas pessoas a comunhão plena de vida em família baseado na igualdade de direitos e deveres que visa o auxílio mútuo entre os cônjuges.

## **2- Natureza jurídica-**

A definição da natureza jurídica desse instituto do Direito de Família no ordenamento brasileiro é um mister que ficou a cargo da doutrina. Mas, a doutrina não encontrou entendimento pacificado, ficando tal definição controvertida em três posicionamentos, são eles:

**\*Teoria contratualista-** por essa teoria o casamento seria um contrato a ser apreciado nos planos da existência, da validade e da eficácia. Isso porque seria um negócio jurídico realizado pela livre manifestação da



vontade das partes, de modo a produzir seus efeitos. Por tal corrente o casamento seria de ordem privada.

**\*Teoria institucionalista-** por essa teoria o casamento seria uma instituição. Isso porque o casamento é regido por normas de ordem públicas, as quais definem seus efeitos jurídicos, impondo deveres e estabelecendo direitos das partes desta instituição, ou seja, os cônjuges. Tais direitos e deveres não podem ser mitigados pela livre manifestação da vontade dos cônjuges, portanto, o casamento não pode ser considerado um mero contrato.

**\*Teoria eclética ou híbrida-** diante do impasse entre as teorias anteriores, surge essa teoria que concebe o casamento como um complexo de natureza mista por coexistirem no casamento as características contratuais e institucionais. Por esse entendimento as partes exerceriam sua autonomia de vontade apenas na escolha do parceiro, na escolha de regime de bens (salvo os casos de obrigatoriedade legal do regime) e na escolha sobre a permanência ou não na relação familiar. Já quanto aos efeitos pessoais como a alteração do estado civil, o surgimento dos vínculos de parentesco, ou o surgimento dos deveres, são instituídos por normas de ordem pública já que não podem ser regulados por contratos. Por essa corrente o casamento é um contrato na sua formação, mas no seu curso é uma instituição.

No entendimento de Caio Mario da Silva o casamento é um contrato especial, dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos. Tal entendimento se amolda à teoria eclética ou híbrida que é a corrente majoritária.

### **3- Características-**

**3.1- Formal ou solene-** deve obediência às normas quanto a sua celebração.

**3.2- Livre-** as partes gozam de plena liberdade tanto para contrair o matrimônio quanto para dissolvê-lo.

**3.3- Permanente-** o casamento não possui termo, ou seja, não possui uma data pré-definida para o fim da sociedade conjugal. Portanto, enquanto os cônjuges não optarem por dissolvê-lo, o casamento possui caráter permanente.

**3.4- Dissolúvel-** como manifestação da liberdade, pode qualquer dos cônjuges, a qualquer momento, optar por encerrar a sociedade conjugal pondo fim ao casamento através do divórcio.

**3.5- Personalíssimo-** o casamento é o ato de formalização do afeto entre as partes, portanto, deve ser celebrado entre os interessados. Entretanto, a lei autoriza a celebração do casamento através de mandato com concessão de poderes especiais ao mandatário para tal finalidade.

**3.6- Monogâmico-** o ordenamento jurídico brasileiro veda o casamento simultâneo de pessoa já casada, ou seja, é proibida a contração do matrimônio por pessoa que já esteja regularmente casada com outra.

**3.7- Plurilateral-** duas ou mais pessoas convergindo as vontades em busca do eudemonismo, em outras palavras, em busca da felicidade.

#### **4- Do plano de existência do Casamento:**

Como demonstrado anteriormente, o casamento possui em sua celebração a natureza contratual, portanto, faz-se necessário cumprir os requisitos legais para que o ato jurídico do casamento exista. Pois, o descumprimento das exigências legais possui tamanha gravidade que será como se o ato nunca tivesse ocorrido perante o ordenamento jurídico.

##### **4.1- Pressupostos de existência do casamento-**

- **Diversidade de sexos-** esse requisito sempre foi apresentado como essencial à existência do casamento. Isso porque, o casamento só era permitido em relacionamentos heterossexuais. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou na ADI 4277 e na ADPF 132 e passou a reconhecer a união homoafetiva como forma de família. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013, que determina a realização da habilitação para o casamento homoafetivo, assim como a realização da conversão da união estável homoafetiva em casamento. Portanto, tal requisito foi flexibilizado e não é mais um pressuposto para a existência do casamento.

- **Consentimento-** por ser uma manifestação da autonomia de vontade, para que o ato se concretize deve haver uma manifestação clara e inequívoca do consentimento de ambos os contraentes. Caso um deles fique em silêncio, ou faça qualquer alusão de recusa, ainda que em tom de brincadeira, a celebração deverá ser suspensa pela autoridade

celebrante. Caso seja celebrado sem respeito ao pressuposto do consentimento, o ato será inexistente.

- **Celebração por autoridade competente-** a autoridade competente para a celebração é o juiz de casamento, o qual é nomeado pelo secretário de justiça. Mas, em comarcas menores poderá ser o próprio juiz de Direito o competente para celebrar o casamento. Em território estrangeiro a autoridade competente para celebrar o casamento será a autoridade consular, devendo o ato praticado em território estrangeiro ser registrado no cartório do domicílio dos cônjuges em até 180 dias, a contar da volta para o Brasil.

→ **OBS-** importante se faz ressaltar que o Código Civil acolheu a teoria do funcionário de fato (teoria da aparência), conforme traz em seu Art. 1.554. Dessa forma, quando determinada pessoa, sem possuir vínculo com a Administração Pública, assume posto de servidor, como se realmente o fosse, e realiza atos em face de administrados de boa fé, que não teriam como desconfiar do impostor, o ato será reconhecido como legítimo. No caso do casamento, o ato deverá ser registrado para que a celebração feita por funcionário de fato se concretize.

## **5- Do plano de validade do casamento-**

Assim como no item 4, pela natureza contratual do casamento, caso seja celebrado com vícios, o ato pode existir mas não ser válido. Nesse caso, o casamento poderá ser nulo, caso haja um vício grave, ou anulável se o vício existente for leve.

O Art. 104 do Código Civil traz os requisitos de validade de todo negócio jurídico, como: capacidade do agente, objeto lícito, forma prescrita e vontade. Mas, como o casamento é uma espécie especial de contrato, o ordenamento estabelece alguns pressupostos de validade específicos, além dos previstos no referido artigo.

### **5.1- Pressupostos de validade do casamento-**

- **Condições naturais de aptidão física:** são eles: a potência, a puberdade e a sanidade.

**\*Potência:** é a aptidão para a conjunção carnal, os nubentes deverão ter aptidão para a vida sexual, dois são os tipos de potência: potência de cópula e potência de gerar.

**\*Puberdade:** a lei estabelece um limite de idade no qual, presumivelmente, todos se tornam púberes, trazendo como idade núbil 16 anos, independente do sexo do nubente. Caso os pretendentes não tiverem atingido a capacidade civil, será necessária a autorização dos representantes legais.

**\*Sanidade:** o código civil não previu como condição necessária à validade do casamento, o exame pré-nupcial não é obrigatório, salvo nos caso de casamento de colaterais de 3º grau (tios e sobrinhos), conforme o Dec-lei 3.200 de 1941.

**- Condições de ordem moral e social:** São de duas ordens: o grau de parentesco e a existência de casamento anterior: A monogamia resulta a proibição de segundo casamento.

**\*O grau de parentesco:** Constitui obstáculo ao casamento a relação de parentesco, sejam os parentes em linha reta (art. 1.521,I), ou linha colateral (art.1.521,IV), seja parentesco consanguíneo ou afim (art. 1.521,I,II).

**\*Inexistência de casamento anterior:** A monogamia resulta a proibição de segundo casamento. Mas, a proibição se dá sobre a pluralidade de casamentos simultâneos. Nada obsta que uma pessoa seja casada e após se divorciar venha contrair novas núpcias.

## INVALIDADE DO CASAMENTO

NULIDADE	ANULABILIDADE
Vício grave	Vício leve
Interesse de ordem pública	Interesse privado
Arguido por qualquer pessoa	Arguido somente por interessados
Gera “ <i>status quo ante</i> ”	Gera efeitos
Art. 1.548, CC	Art. 1.550, CC

### 6- Da eficácia do casamento:

Por eficácia tem-se a capacidade de produzir efeitos no âmbito jurídico. Portanto, nesse plano de análise observa-se se o ato celebrado produziu algum efeito ou consequência para as partes ou terceiros.

O casamento irradia suas consequências por diversas órbitas, e, sob um aspecto geral, seus efeitos se dividem em três classes, quais sejam: efeitos sociais, efeitos pessoais e efeitos patrimoniais.

**\*Efeitos sociais-** são aqueles que alcançam toda a sociedade. O casamento é uma instituição jurídica de constituição da família, essa constituição é o primeiro grande efeito social do casamento. O parentesco que surge após o casamento e a emancipação do nubente menor, também são efeitos sociais do casamento.

**\*Efeitos pessoais-** são as consequências que importam aos cônjuges pelo vínculo jurídico que estabeleceram pelo matrimônio. O primeiro efeito pessoal é o Status ou estado de casado que é uma classificação, ou até um fator de identificação na sociedade. A partir desse surgem os direitos e deveres da pessoa casada, os quais também são efeitos pessoais.

**\*Efeitos patrimoniais-** são as consequências econômicas que resultam da união e vida em comum dos cônjuges. Estas, muitas das vezes, são decorrentes dos direitos e deveres do casamento.

A família não é organizada patrimonialmente, mas, isso não impede que ela tenha um patrimônio em comum. A assistência pecuniária entre os consortes, o usufruto dos bens dos filhos para os pais, a sucessão, a prestação de alimentos e a partilha dos bens no divórcio, conforme o regime escolhido, são exemplos de efeitos patrimoniais.

Por ser uma espécie específica de contrato, o casamento poderá ser eficaz sendo inválido, e até mesmo sem existir.

Quando o casamento é celebrado por autoridade competente, entre pessoas capazes e sem a incidência de causas de impedimentos ou suspensão conclui-se que: esse casamento EXISTE, É VALIDO E EFICAZ.

Quando o casamento é celebrado por autoridade competente, mas entre irmãos, conclui-se que: esse casamento EXISTE, É INVÁLIDO E INEFICAZ. Inválido por possuir uma causa de impedimento e ser, por conseguinte, nulo. Nesse caso, não produziu efeito porque as partes voltam ao “*STATUS QUO ANTE*”.

Entretanto, na hipótese do casamento ser celebrado pela autoridade competente, entre irmãos e sem o consentimento dos cônjuges, vindo a nascer um filho na constância desse ato, conclui-se que: esse casamento É INEXISTENTE, INVÁLIDO E EFICAZ. Ele inexistente pela ausência de consentimento, inválido por ocorrer com causa impeditiva, mas é eficaz por produzir um resultado com consequências para as partes que é o filho.

## **7- Casamento civil X Casamento religioso-**

No ordenamento jurídico brasileiro o casamento civil é o ato que vincula juridicamente as partes. No Código Civil de 1916 estabeleceu-se exclusividade ao casamento civil, não fazendo qualquer alusão ao casamento religioso.

O Código Civil de 2002 ainda disciplina o casamento civil como o meio de se estabelecer o vínculo jurídico entre as partes, conforme seu Art. 1.514, que estabelece a exigência do casamento se realizar perante o juiz. Entretanto, conforme disposto no Art. 226, §2º, da Constituição Federal, o Código Civil também faz previsão do casamento religioso com efeitos civis.

Caso o casamento no religioso tenha ocorrido mediante a habilitação regular, os cônjuges terão 90 dias para registrá-lo no cartório e com isso agregar-lhe-á efeitos civis que retroagirão à data da celebração do casamento. Conforme o Art. 1.515 do Código Civil.

## **8- Dos sponsais-**

Os sponsais referem-se à promessa de casamento. O casamento, por possuir a natureza contratual, já fora entendido que a promessa de casamento, como um noivado, por exemplo, vincularia as partes ao cumprimento do acordo e caso não o fizessem seriam penalizados pelo distrato.

Mas, com base em nosso ordenamento atual, não se cogita tal possibilidade. A liberdade matrimonial vigente no direito brasileiro desde o Código Civil de 1916 reduz os sponsais a pouco mais de um idílio sem consequências jurídicas.

## **9- Da finalidade do casamento-**

O Código Civil de 2002 prevê a finalidade do casamento, de acordo com o artigo 1.511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Nesse sentido, a finalidade suprema da união legítima entre o homem e a mulher é a comunhão plena de vida, estimulada pelo amor e afeição existente entre o casal, assentada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, bem como na mútua assistência.

As finalidades do casamento, como a procriação, a educação dos filhos e a satisfação sexual, são importantes, porém, secundárias, não essenciais.

Sobre a finalidade do casamento explana Lafayette Rodrigues Pereira, o conselheiro Lafayette:

“O fim capital, a razão de ser desta instituição, está nessa admirável identificação de duas existências, que, confundindo-se uma na outra, correm os mesmos destinos, sofrem das mesmas dores e compartilham, com igualdade, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida”.

## **10- Da capacidade para o casamento-**

O Código Civil de 2002 inovou ao disciplinar sobre a capacidade para o casamento. A capacidade específica para o casamento é, em até certo ponto, coincidente com a capacidade genérica para os atos da vida civil.

A capacidade para o casamento se vincula à dupla ordem de ideias: de um lado, a consideração sobre a diversidade das regras do Direito de Família para com as regras dos demais atos; de outro, a consideração sobre as condições matrimoniais.

A aptidão específica para o casamento diz respeito ao discernimento e à puberdade dos nubentes. O discernimento é a condição psíquica para a educação e manutenção da família. A puberdade é a condição fisiológica para a vida sexual e procriação. O desenvolvimento dessas condições fisiológicas varia de indivíduo para indivíduo conforme as condições de meio, saúde, alimentação e educação em que vive. Como essa aptidão é de difícil comprovação, o ordenamento jurídico brasileiro prefere instituí-la como presunção do fato do indivíduo ter atingido certa idade.

Como o desenvolvimento fisiológico é mais veloz, a lei estabelece a idade de 16 anos para o início da capacidade nupcial, ainda que a maioridade civil ocorra aos 18 anos.

Como os maiores de 16 anos possui capacidade matrimonial, mas, não atingiu a maioridade civil, eles dependerão da autorização dos pais para atribuir validade ao casamento. Exceção feita na hipótese de gravidez na qual não será necessária tal autorização.

A incapacidade dos nubentes cessará com a celebração do casamento. Ainda que desfeito o vínculo matrimonial, seja pela viuvez, pela anulação ou pelo divórcio, a capacidade será mantida.

## **11- Dos impedimentos matrimoniais:**

Por impedimento matrimonial tem-se a ausência de requisitos necessários para o casamento, o que configura um obstáculo legal para a celebração do ato.

O Código Civil de 2002 modificou a organização dos impedimentos matrimoniais separando os IMPEDIMENTOS (anteriormente chamados de impedimentos dirimentes) das CAUSAS SUSPENSIVAS (anteriormente chamadas de impedimentos impiedentes).

### **11.1- Impedimentos-**

São os que, por motivo de moralidade social, a ordem jurídica descreve como portadores de maior gravidade. Por esse motivo, caso esteja presente alguns dos impedimentos previstos, os matrimônios celebrados serão nulos e essas nulidades são oponíveis por qualquer pessoa e pelo ministério público, na qualidade de representante da sociedade.

Os impedimentos previstos na ordem jurídica brasileira se dividem em 03 categorias, são eles:

A- **Incesto-** são os impedimentos resultantes do parentesco.

**A.1- parentesco em linha reta-** (Art. 1.521,I, CC) é vedado o casamento entre ascendentes e descendentes, em qualquer grau, seja pelo vínculo consanguíneo, seja pelo vínculo adotivo. A vedação se dá por questões de ordem eugênica pelo risco de taras fisiológicas, ou por questões de ordem biológica pelo risco de má formação, assim como por questões de moralidade pública pelo fato do incesto constituir um dos maiores tabus da humanidade. Quanto ao vínculo adotivo, a vedação ocorre devido à igualdade atribuída pela Constituição entre os filhos biológicos e os adotados.

**A.2- parentesco por afinidade-** (Art. 1.521, II, CC) é vedado o casamento entre parentes por afinidade de 1º grau. A vedação se dá por questões de ordem moral.

**A.3- parentesco em linha colateral-** (Art. 1.521, IV, CC) é vedado o casamento entre parentes em linha colateral até o 3º grau. Essa vedação se dá inclusive sobre o parentesco unilateral, como no caso de irmãos que possuem apenas um ascendente em comum. Aqui se opera a proibição pelos mesmos motivos do item “A.1”.

Entretanto, o Decreto-lei Nº3.200, de 19 de abril de 1941 flexibilizou esse impedimento e permitiu o casamento entre parentes de linha colateral de 3º grau, chamado de casamento avuncular, mediante exame pré-nupcial com a apresentação de um laudo proferido por dois médicos, designados pelo juiz, que ateste a compatibilidade sanguínea e a inexistência de motivos que desaconselhe o casamento. O Código



Civil de 2002 não fez qualquer alusão a esse assunto e, portanto, não revogou o dispositivo.

**A.4- adoção-** anteriormente esse impedimento era arguido apenas na linha colateral ao filho adotivo com o superveniente ao adotante, já que o parentesco civil não ia além dessas pessoas. Mas, com base no princípio da igualdade houve a equiparação dos filhos, independente da origem deles. Dessa forma, prevalecerá para o adotado e adotante os mesmos impedimentos de uma família biológica.

**B- Impedimento resultante de casamento anterior-** o ordenamento jurídico brasileiro traz como pressuposto de validade do matrimônio a monogamia. Nesse sentido, é vedada a pluralidade de casamentos simultaneamente. Se o indivíduo possui um casamento válido não poderá contrair novas núpcias enquanto não dissolver a primeira sociedade conjugal.

**C- Impedimento decorrente de crime-** esse impedimento possui caráter moral, presumindo-se a repugnância do cônjuge supérstite por quem atentou contra a vida de seu consorte. Portanto, veda-se que o cônjuge da vítima de homicídio, tentado ou consumado, se case com o autor do crime ou seu mandante. Mas, para a ocorrência do impedimento, não basta mera acusação. O que irá caracterizá-lo é a condenação.

### **11.1.2- Oposição dos impedimentos-**

Devido ao interesse da sociedade na não realização de um casamento com incidência de causas impeditivas, o ordenamento prevê a possibilidade de oposição dos impedimentos, até o momento da celebração, por qualquer pessoa capaz que conheça o impedimento.

Apesar de ser uma faculdade conferida a todas as pessoas capazes, as autoridades envolvidas com a realização do casamento, seja na habilitação ou celebração, tem o dever de declarar os que tiverem conhecimento.

As oposições aos impedimentos deverão ser feitas por meio de declaração escrita, assinada e instruída com provas do fato alegado, ou ao menos com a indicação do lugar onde as provas se encontram. No caso de oposição de má-fé poderão ser intentadas ações civis e criminais contra os opositores.

A oportunidade para a oposição dos impedimentos e liberdade de legitimidade cessa com a cerimônia do casamento. Após a celebração, a arguição da invalidade deverá ser por ação direta e a legitimidade cabe apenas aos interessados e ao Ministério Público.

## 11.2- Das causas suspensivas-

As causas suspensivas carecem de um alerta, pois, em verdade, elas nada suspendem. As causas suspensivas enunciadas no Código Civil de 2002 são postas como conselho ao dizer que não devem casar. Além disso, elas não trazem o efeito mencionado na epígrafe, ou seja, efeito suspensivo.

A contraveniência dessas causas não terá como consequência a suspensão do matrimônio que ocorrerá normalmente e terá plena validade, mas sim a sanção de retirar a liberdade de escolha do regime de bens que vigorará na sociedade conjugal. Dessa forma, caso incida algumas das causas suspensivas, o regime de bens será da separação obrigatória.

As causas suspensivas dividem-se em quatro situações, são elas:

A- **Confusão patrimonial-** nesse caso, o empecilho legal se dá para evitar a confusão do patrimônio dos interessados na sucessão com o patrimônio a ser constituído pelo novo casal. Nesse sentido, o Art. 1.523, I, CC, diz que não deve casar a viúva ou viúvo que tenha filho do cônjuge falecido, enquanto não for feito o inventário e a partilha dos bens.

Entretanto, poderá o juiz autorizar a realização do casamento, com regime de bens escolhido pelo casal, mesmo antes da realização do inventário e partilha, se o nubente provar a inexistência de prejuízo para ele e para os demais herdeiros.

B- **Confusão de sangue-** nessa situação o objetivo é evitar a confusão ao estabelecer o parentesco da criança que venha a nascer, devido à presunção da paternidade. Por força do ordenamento, caso uma mulher casada venha a engravidar, a paternidade dessa criança é atribuída ao marido por presunção legal.

Caso a mulher fique viúva e posteriormente se case novamente, em um pequeno espaço de tempo, e descubra que está grávida haverá um conflito entre a presunção do primeiro e a do segundo marido como pais da criança. Portanto, o Art. 1.523, II, CC, diz que não deve casar a viúva, ou a mulher que se divorciou, ou a mulher que teve seu casamento anulado, até 10 meses do fim da sociedade conjugal. Exceto se a anulação do casamento se deu por impotência absoluta e anterior ao casamento.

Entretanto, poderá o juiz autorizar a realização do casamento, com regime de bens escolhido pelo casal, mesmo antes de transcorrer o lapso temporal estipulado, se a nubente provar o nascimento do filho ou a inexistência de gravidez.

C- **Divórcio**- nesse caso o empecilho se dá pelas mesmas razões do item “A”. Entretanto, esse dispositivo, que está previsto no Art. 1.523, III, CC, contrasta com o que está disposto na súmula 197 STJ.

A súmula autoriza a concessão do divórcio direto sem a prévia partilha de bens. Se a sociedade conjugal já está desfeita não há que se falar em confusão, pois constitui o marco de separação patrimonial do casamento anterior para o posterior. O Código Civil também autoriza o novo casamento antes da partilha, mas nessa hipótese, o nubente deverá comprovar a inexistência de prejuízo para o ex-cônjuge e para os filhos.

D- **Contas da tutela ou curatela**- nessa situação protege-se o incapaz contra uma possível lesão patrimonial por parte de quem administra seus bens. Portanto, o Art. 1.523, IV, CC, diz que não devem casar o tutor, curador, ou seus descendentes, ascendentes, irmãos cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto essas não cessarem e restarem saldadas as respectivas contas.

Assim como acontece nas situações anteriores, o juiz poderá autorizar a realização do casamento sem a incidência dessa causa suspensiva, devendo o tutor ou curador provar a inexistência de prejuízo para a pessoa tutelada ou curatelada.

### **11.2.2- Oposição das causas suspensivas-**

A legitimidade para arguir as causas suspensivas está prevista no Art. 1.524, CC. O referido artigo enumera as pessoas poderá arguir as causas suspensivas, são elas: parentes em linha reta dos cônjuges, seja consanguíneos ou afins; e pelos parentes em linha colateral de segundo grau, seja consanguíneos ou afins.

Quanto à oportunidade para a oposição, ela está vinculada ao processo de habilitação. Nesse sentido, anunciadas as núpcias pela publicação dos proclamas, abre-se o prazo de 15 dias para os legitimados objetar contra o casamento. Decorrido o tempo e passada a certidão de habilitação, ainda será lícita a objeção com apresentação das causas suspensivas até o momento da cerimônia. O que irá diferenciar acerca da certidão de habilitação é que se a objeção for antes da certificação da habilitação, deverá ser dirigida ao escrivão, se for depois, deverá ser dirigida ao juiz.

As consequências para a oposição de má-fé são as mesmas demonstradas no impedimento, bem como as formalidades exigidas para sua apresentação.

### **12- Habilitação-**

Diferentemente dos demais atos da vida civil, para a celebração do casamento exige-se a prova de que os nubentes são realmente capazes e livres para praticarem tal ato.

A habilitação é justamente o meio de comprovação da existência dos requisitos necessários para a aptidão dos nubentes para o matrimônio. Ocorre por um processo que é dirigido pela autoridade judiciária do domicílio de um dos nubentes e tramita perante o Oficial de Registro Civil da respectiva circunscrição territorial.

Pelo sistema do Código Civil de 2002 todo o procedimento é contencioso, ainda que não sejam opostos impedimento. Portanto, concluído o processo o Ministério Público deverá ser ouvido para que seja o processo homologado pelo juiz competente.

A finalidade da habilitação é evidenciar a aptidão dos nubentes para o casamento com apresentação das provas necessárias ao deferimento do pedido pela autoridade judiciária.

Esse processo constitui as formalidades preliminares à celebração. Inicia-se com um requerimento, assinado por ambos os nubentes, que, em regra, devem firmá-lo pessoalmente, instruído com os documentos exigidos por lei. Apresentado o requerimento o processo se desenvolverá em 4 fases, são elas:

A- **Documentação**- o Art. 1.525, CC, arrola os documentos necessários à habilitação do casamento. O texto legal exige os documentos que atestam a existência ou não de impedimentos ou causas suspensivas. Os documentos exigidos são:

**A.1- Certidão de nascimento**- é a prova específica da idade, além de ser elemento de comprovação de parentesco. Caso o livro de registro tenha sido perdido ou destruído, ou qualquer outro motivo que impeça a obtenção da certidão de nascimento, essa poderá ser suprida por prova equivalente. (Dec N° 773/1.890)

**A.2- Autorização dos pais**- caso um dos nubentes seja menor, esse deve apresentar a autorização concedida por ambos os pais, ou a decisão judicial que supri a divergência entre eles.

**A.3- Declaração das testemunhas**- deve apresentar as declarações de duas testemunhas, as quais devem ser maiores. Na declaração as testemunhas devem atestar conhecerem os nubentes e afirmarem a inexistência de impedimentos entre eles.

**A.4- Declaração dos nubentes**- os nubentes devem declarar os seus respectivos: estado civil, domicílio atual, residência, residência dos pais (se forem conhecidos). Por essa declaração se informará a autoridade para a publicação dos proclamas.

**A.5- Certidões**- conforme a informação apresentada na declaração do nubente, esse deverá apresentar a certidão correspondente. Caso

declarou ser viúvo, deverá apresentar a certidão de óbito do cônjuge falecido. Caso declarou ser divorciado, deverá apresentar a sentença do divórcio, ou a escritura pública no caso do divórcio extrajudicial.

B- **Proclamas-** apresentados os documentos exigidos e verificando estarem todos em ordem o Oficial de Registro extrairá o edital. Extraído o edital o Oficial de registros afixá-lo-á durante 15 dias nas circunscrições do registro civil de ambos os nubentes e, obrigatoriamente, publicá-lo-á uma única vez na imprensa local, se houver.

O edital mencionará em resumo o intento matrimonial, os nomes dos nubentes e convocará qualquer do povo para apontar o impedimento do qual tiver ciência.

C- **Certidão-** apurada a regularidade do processo de habilitação, decorrido o prazo dos proclamas e não ocorrendo oposição de impedimentos o Oficial de registros passará a certidão com prazo de validade de 90 dias, a contar da data em que foi extraída a certidão.

Caso não seja celebrado o casamento nesse prazo, cumpre renovar todo o processo. A revalidação depende de novo requerimento que dará início a todo o processo de habilitação novamente, mas, poderão ser aproveitadas as provas apresentadas no processo anterior.

### **13- Celebração-**

A lei reveste a cerimônia do casamento de solenidades especiais, de publicidade ostensiva e de gravidade notória o bastante para revelar a relevância social do ato.

O casamento é um ato que, como demonstrado anteriormente, se difere dos demais atos da vida civil e as formalidades que o reveste se desenvolvem em três momentos distintos, quais sejam: formalidades preliminares, constituída do processo de habilitação; cerimônia com a presença dos contraentes; e formalidades subsequentes, constituída da perpetuação da união matrimonial pela inscrição no registro civil.

De posse da certidão de habilitação os nubentes requererão, mediante petição, que o juiz competente lhes designe o local, a data e a hora em que a cerimônia matrimonial será realizada.

A determinação do local, da data e da hora da celebração é prerrogativa da autoridade celebrante.

O local normalmente é aonde o juiz dá suas audiências, ou seja, a sede do cartório. Entretanto, se as partes não puderem deslocar até o local determinado pelo juiz poderão solicitar que ele lhes designe outro.

As partes não precisam provar a motivação da impossibilidade e a alteração do local depende da mera aquiescência da autoridade, que normalmente atende às indicações dos interessados.

Entretanto, sendo no local determinado pela autoridade, ou no local indicado pelas partes, o acesso deve ser liberado ao público e as portas devem estar abertas.

A data da celebração do casamento deve conjugar-se com a publicação dos proclamas. Em outras palavras, o casamento deve ocorrer em data compreendida dentro do prazo de validade do processo de habilitação, que é de 90 dias.

A hora da celebração deve, em regra, estar compreendida entre o nascer e o por do sol, conforme o expediente da autoridade.

No local, data e hora marcados, com a porta aberta para franquear o acesso de qualquer pessoa e afastar o risco de intimidação para o falseamento da verdade, estando presentes os nubentes e testemunhas, o juiz dará início à cerimônia.

O juiz interroga cada um dos contraentes, na presença de ao menos duas testemunhas, que inclusive podem ser parentes dos nubentes, se é de livre e espontânea vontade que recebem um ao outro em casamento. Após a manifestação inequívoca do consentimento o celebrante expressamente declarará: “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”.

O matrimônio estará realizado a partir da expressa manifestação da vontade dos contraentes em receberem um ao outro por marido e mulher. A palavra do celebrante, como representante do Estado, é meramente declaratória.

Nesse sentido, a presença do juiz é fundamental, mas, sua declaração não é indispensável à validade do casamento. Portanto, caso o juiz seja acometido por um mal súbito após a manifestação dos nubentes e antes de declará-los casados, ter-se-á por realizado o casamento tendo em vista que o que constitui a núncia é o consenso.

Completando o ciclo formal do matrimônio com a realização da cerimônia, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento deve constar: os elementos do Art. 1536, CC; a autorização para casar, se for o caso; a

escritura antenupcial; os termos da procuração, se for o caso. Por assento tem-se o termo circunstanciado do ato que irá perpetuá-lo e dele constituirá prova.

### **13.1- Suspensão da cerimônia-**

A cerimônia de casamento é um ato público e solene que flui continuamente desde a instalação até a assinatura do termo. Entretanto, a legislação prevê que a cerimonia deve ser suspensa em três casos, são eles:

**13.1.1- oposição de impedimento-** se no decorrer do ato comparece alguém que opõem à celebração alguma causa impeditiva e o celebrante verifica a plausibilidade da arguição, a idoneidade do oponente, bem como a robustez da prova ou informação, a cerimonia não poderá ter prosseguimento, devendo ser suspensa.

**13.1.2- ausência de declaração inequívoca do consentimento-** caso não haja a manifestação do consentimento ou caso esta não seja clara ou convincente a cerimonia também deve ser suspensa. Isso pode ocorrer quando algum dos contraentes se recusar a receber o outro em matrimônio, com destaque para o silencio que importa em presunção de recusa; quando declarar não ser livre e espontânea sua vontade; ou quando manifestar-se arrependido.

**13.1.3- revogação da autorização dos pais-** como a autorização dos pais dos menores em idade núbil é requisito necessário para a celebração do casamento e os pais possui faculdade de revogá-la a qualquer momento até a celebração do matrimônio, caso tal autorização venha a ser revogada durante a cerimonia, esta deverá ser suspensa.

### **14- Formas excepcionais de casamento-**

O casamento, conforme demonstrado anteriormente, é ato formal e solene. Entretanto, existem algumas situações que permitem a realização do casamento mesmo com inobservância de alguns requisitos necessários ao seu regular andamento.

Os casamentos que se realizam de forma excepcionais são:

#### **14.1- Casamento em caso de moléstia grave-**

Estando gravemente enfermo um dos nubentes, não lhe sendo possível deslocar-se até a sede do cartório, o juiz celebrante realizará o ato aonde o enfermo se encontre. Nesse caso, o ato deverá ser acompanhado por no mínimo duas testemunhas que saibam ler e

escrever, podendo ser inclusive parentes dos nubentes. Caso o nubente não possa assinar serão necessárias quatro testemunhas.

Ressalta-se que para o casamento em caso de moléstia grave faz-se necessário o procedimento regular de habilitação.

#### **14.2- Casamento nuncupativo-**

Estando um dos nubentes em iminente risco de morte, e não sendo possível a presença da autoridade competente ou de seu substituto, o casamento poderá se realizado com a simples manifestação da vontade dos nubentes na presença de pelo menos seis testemunhas. Entretanto, para o casamento nuncupativo as testemunhas não podem ter parentesco em linha reta ou colateral, até o segundo grau, com os nubentes.

Ressalta-se que para o casamento nuncupativo é dispensado o rito das formalidades preliminares. Dessa forma, os ritos serão executados a posteriori.

O processo especial para a formalização do casamento nuncupativo deverá ter início em até dez dias a contar a sua celebração. Poderá ser requerido por qualquer das testemunhas ou qualquer interessado perante o juiz mais próximo do local onde se encontrava o enfermo.

No processo será tomado o depoimento das testemunhas para constatar que estas foram convocadas pelo enfermo; que lhes parecia este em risco iminente de morte; que os nubentes declararam, em sua presença, a vontade de casarem-se.

Verificando-se a inexistência de fato que obste o casamento o juiz decidirá, devendo o ato ser lavrado o assento em livro de registro e os efeitos do casamento retroagirão à data de sua celebração.

Convalescendo o enfermo, as formalidades exigidas serão dispensadas devendo o casamento ser ratificado pelo nubente que estava enfermo. Se não houver ratificação o casamento não terá valor algum.

#### **14.3- Casamento por procuração-**

É o casamento no qual um dos nubentes é representado pelo mandatário.



Por determinação legal, a presença dos nubentes na cerimônia de casamento é elemento fundamental para sua celebração. Entretanto, caso um dos nubentes não possa estar presente, por residir em localidade diversa e não poder se deslocar, ou por morar no estrangeiro e também não poder se deslocar, poderá instituir representante através de mandato.

Os poderes devem ser outorgados por instrumento público, o qual deverá especificar os poderes especiais do mandatário para receber, em nome do mandante, o outro contraente precisamente identificado e determinado. O mandato ficará arquivado no cartório junto com os demais documentos referentes ao casamento.

O mandato para o casamento tem validade de 90 dias. Se o ato não se realizar dentro desse prazo, será necessária a presença do mandante, ou então este deverá fornecer outro instrumento.

São aplicadas para fins desse casamento as regras para a revogação do contrato de mandato. Caso seja revogado, o mandante deve cientificar o mandatário e o celebrante. Se realizado após a revogação, o ato é anulável, mas, se ocorreu por não dar ciência da revogação o mandante, este responderá por perdas e danos.

#### **14.4- Casamento putativo-**

O casamento necessita cumprir certas formalidades para possuir validade no ordenamento jurídico brasileiro. Caso não o faça, poderá ser considerado nulo ou anulável e em alguns casos poderá ser desconsiderada inclusive a sua existência.

Por casamento putativo tem-se aquele matrimônio no qual os cônjuges, ou pelo menos um deles, celebraram a núpcia com total desconhecimento de fato ou circunstância que o torna inválido, por determinação legal. Dessa forma, é necessário que os cônjuges, ou pelo menos um deles, estejam convictos de que o casamento foi realizado de forma regular e, portanto, estão legalmente casados.

Apesar de ser um ato desprovido de validade, o ordenamento protege o contraente de boa-fé. Mesmo inválido, o casamento putativo produzirá, até a data da sentença anulatória, para os contraentes de boa-fé e para os filhos que sobrevierem, os efeitos jurídicos decorrentes da relação como se válida fosse.

Para a doutrina dominante, boa-fé significa desconhecer, no ato da celebração, circunstâncias ou impedimentos para união conjugal.

A putatividade decorre do erro ou engano de fato ou de direito, a saber:

**Erro de fato**, consiste no desconhecimento de circunstância que vicia a validade do ato nupcial. Ex.: Imagine o casamento de duas pessoas que desconhecem o fato de serem irmãs ou pai e filha. O parentesco descoberto após o casamento é um exemplo de erro de fato.

**Erro de direito** decorre de ignorância de que a lei impede o enlace matrimonial. Neste tipo de erro, os nubentes têm ciência do parentesco, mas desconhecem a proibição legal para se casarem. Podemos citar como exemplo o casamento entre sogra e genro.

## **15- Prova do casamento-**

Assim como os demais atos jurídicos, o casamento também está sujeito à comprovação. O assento que é lavrado, conforme demonstrado no item “13”, constitui a evidência específica. Em outras palavras, o casamento celebrado no Brasil se prova pela do registro, conforme preceitua o Art. 1.543, CC.

O dispositivo supracitado, em seu paragrafo único, admite outro meio de prova na falta ou perda do registro civil.

## **16- Deveres dos cônjuges-**

Conforme preceitua o Art. 1.566, do Código Civil, o matrimônio traz imediatas imposições aos cônjuges. Seja de um para com o outro, seja deles para com a prole.

Por deveres dos cônjuges tem-se:

**16.1- Fidelidade recíproca-** a família brasileira é monogâmica e, portanto, a legislação estabelece a fidelidade como um princípio ético. Mas, não lhe falta o caráter de norma cogente tendo em vista que está prevista como dever dos cônjuges.

**16.2- Vida comum no Domicílio conjugal-** esse dever refere-se à comunidade de existência, deve haver afeto matrimonial e comunhão de interesses. Mas, esse dever vai além da moradia sob o mesmo teto,

requer-se também a intimidade de convivência que é apelidada de “debito conjugal” (terminologia do Direito Canônico).

**16.3- Mútua assistência-** esse dever não se concretiza com o fornecimento apenas de alimentos e vestuário ou com o socorro. Também se faz necessária a assistência moral, a solidariedade nas adversidades, assim como os desfrutes dos prazeres da vida.

**16.4- Deveres para com a prole-** refere-se aos deveres para com os filhos. O Código Civil os resumem em três itens, são eles: sustento, guarda e educação.

**\*Sustento-** prover aos filhos a subsistência material fornecendo alimentos, vestuário, abrigo, medicamentos, etc.

**\*Guarda-** os pais devem manter os filhos em sua companhia e sob sua vigilância.

**\*Educação-** instrução básica ou elementar e o ensino em graus subsequentes, conforme as condições sociais e econômicas dos pais. Está incluído nesse dever, desde a orientação em âmbito familiar para a formação de caráter até o ensino escolar para a aquisição do conhecimento.

**16.5- Respeito e consideração mútuos-** além da consideração social compatível com o ambiente e com a educação dos cônjuges, eles também não devem expor um ao outro a vexames ou descrédito. Pela violação desse dever tem-se a “infidelidade moral”. Essa violação não chega a configurar o adultério pela ausência de relação sexual, mas não deixa de ser injuriosa.

→OBS- Além dos deveres explícitos no código, a elaboração jurisprudencial foi criando outros tantos deveres conjugais extraídos das apreciações das ações de separação. Dessa forma, construíram a teoria dos “deveres implícitos”. Dentre os deveres implícitos destacam-se: o dever de sinceridade, o de respeito pela honra e dignidade da própria família, bem como o de não expor o outro cônjuge a companhia degradantes.

## **- UNIÃO ESTÁVEL-**

A partir do século XX muitas mudanças de valores ocorreram no seio social, refletindo, por consequência, no âmbito da família: o casamento deixaria de ser a única instância legitimadora e passaria a conviver com outras formas de união livre.

Nessa linha, com especial influência do Direito francês, o sistema jurídico brasileiro cedeu espaço ao concubinato (entidade familiar não matrimonializada). Entretanto, pelo fato de transmitir a ideia de uma relação proibida, essa expressão deve ser substituída pela noção de companheirismo.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, modificou o cenário das relações não matrimonializadas. Retirou o concubinato puro (entre pessoas desimpedidas ou separadas de fato) da zona do Direito das Obrigações, para reconhecer-lhe dignidade constitucional, alçando-o ao patamar de instituto do Direito de Família.

**1- Conceito-** é a “união duradoura entre homem e mulher formadora da família, sem casamento”. Esse é o entendimento de Glanz, que foi citado por Leite (2005). (LEITE. Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado, volume 5: Direito de Família.**São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.)

A legislação não traz o conceito de união estável. Além disso, esse conceito deve acompanhar as transformações sociais e culturais da sociedade, portanto, não é nada fácil para a doutrina este trabalho.

## **2- Natureza jurídica-**

Enquanto o casamento constitui-se fato social e negócio jurídico, por sua vez precedido por formalismos e concretizado solenemente, passando a ser regido por um contrato, a união estável, embora gere efeitos jurídicos, é apenas fato jurídico. Não tem a obrigatoriedade de celebração para que passe a vigor no mundo jurídico, tão pouco precisa estabelecer contrato entre as partes conviventes. A união estável não se estabelece por um ato jurídico único, como ocorre no casamento, ela se forma com o tempo.

## **3- União estável X concubinato-**

A união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico, de concubinato. Por esse motivo, não é rara a confusão acerca dos termos união estável e concubinato. Por esse motivo, às vezes é classificado como “concubinato” um tema que na realidade é uma “união estável”.

Ocorre que o termo concubinato também se refere às uniões e aos relacionamentos que são reprovados ou proibidos pelo ordenamento. Em outras palavras, são as relações nas quais há incidência de impedimentos para

o matrimônio. Como fato presente na sociedade que traz diversas implicações para o Direito, é necessária uma definição específica, bem como uma distinção entre esses dois termos.

O concubinato então foi classificado como: concubinato puro e concubinato impuro.

Por concubinato puro se tem a relação ou união de pessoas que não são casadas, mas, não possuem nenhum impedimento para o casamento. Podendo essa relação ser reconhecida como união estável e posteriormente convertida em casamento.

Por concubinato impuro se define o relacionamento desaprovado pela sociedade, ou seja, aquele que ocorre com incidência de qualquer dos impedimentos previstos para o casamento.

A Constituição de 1988 retirou o aspecto estigmatizante que existia acerca das relações não matrimoniais no momento em que as colocou sob a proteção do Estado. A partir de então a convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união, passou a ser considerada como união estável, conforme o Art. 226, §3º, do referido texto legal.

#### **4- Pressupostos-**

A partir do assento constitucional e do reconhecimento de que a união estável possa vir a ser convertida em casamento, esta passa do estado de sociedade de fato e passa a ser reconhecida como entidade familiar.

O ordenamento não estabelece qualquer formalidade para a constituição da união estável, limita-se apenas a estabelecer certas características ou requisitos para o seu reconhecimento.

As características estão previstas no Art.1.723 do Código Civil, são elas: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Essas características também são chamadas de pressupostos, os quais são classificados como objetivo ou subjetivo.

##### **4.1- Pressupostos objetivos-**

- **Ostensibilidade ou Convivência pública-** Os doutrinadores Washington de Barros Monteiro e Silvio Rodrigues salientam que a união estável só é reconhecida em relacionamentos que se

mostram à sociedade, sem qualquer clandestinidade. Portanto, cabe salientar que a união de fato somente será protegida pela lei se o casal se apresenta na sociedade como se fossem marido e mulher.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula 382 por ele editada, a apresentação dos companheiros à sociedade, como se casados fossem é requisito fundamental para a união estável. Mas, para o Tribunal, a vida em comum sob o mesmo teto, “more uxório”, não é indispensável à sua caracterização.

- **Estabilidade-** O artigo 1723 do Código Civil suprimiu qualquer fixação de tempo, bastando apenas o relacionamento “contínuo e duradouro” para a caracterização da união estável, cabendo ao juiz, em caso de litígio fazer um juízo de valor para determinar se a relação no caso concreto teve ou não duração suficiente para a existência da união estável.

Atualmente não é mais requisito para configuração da união estável o relacionamento duradouro por mais de cinco anos ou quando há a concepção de filhos.

#### **4.2- Pressupostos Subjetivos-**

- **Objetivo de constituir família-** A união ou relacionamento entre as pessoas deve objetivar ir adiante. Não precisa que os companheiros tenham filhos ou adotem, basta a intenção de constituírem mais um núcleo familiar na sociedade. Como a constituição reconheceu a união estável como entidade familiar, não possui nenhuma lógica reconhecer como família uma relação entre pessoas que não tem nenhuma pretensão a esse respeito.

- **Inexistência de Impedimentos-** A o reconhecimento da união o relacionamento não pode ocorrer com incidência de nenhum dos impedimentos para o matrimônio. Caso ocorra configurará um concubinato impuro. O que obsta o reconhecimento ou instituição da união estável são as causas de impedimento, portanto, as causas suspensivas não obstatam.

O único impedimento que obsta a união estável é o casamento. Há que se analisar a existência e a constância do casamento. Se a pessoa casada estiver separada, de fato ou judicialmente em nada prejudicará o reconhecimento ou instituição da união estável.

- **Diversidade de sexos**- Assim como já demonstrado no item “4.1” do casamento, que trata dos pressupostos de existência do casamento, o Supremo Tribunal Federal, conforme o pronunciamento feito na ADI 4277 e na ADPF 132, flexibilizou esse requisito.

## **5- Direitos e deveres dos companheiros-**

O artigo 1724 do Código Civil estabelece um conjunto de deveres aos participantes da relação de fato. Os companheiros deverão um ao outro: lealdade, respeito, assistência, além da guarda, sustento e educação dos filhos. Diferem direitos e deveres outorgados aos cônjuges por não estar previsto para os companheiros o dever de fidelidade.

A lei 9.278/96 também apresenta uma série de deveres decorrentes da união estável, nos seguintes termos: “São direitos e deveres iguais dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos; II – assistência moral e material recíproca; III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns”.

O dever de lealdade visa vedar a manutenção de relações que tenham em vista a satisfação da libido, do instinto sexual, como afirma Washington de Barros Monteiro, fora da união estável. Pretende o legislador manter a relação monogâmica, como é a nossa sociedade.

Os demais direitos e deveres são os mesmos tratados no item “16” do casamento.

## **6- União estável X casamento-**

Para a análise e comparação da união estável para com o casamento, deve-se, antes de mais nada, afastar a equiparação entre os dois institutos.

Ambos são institutos constitutivos da família, mas, são distintos. Ora senão, o Art. 226, §3º, da Constituição de 1.988, reconhece a união estável como entidade familiar, atribui-lhe proteção do Estado e determina que a Lei

facilite sua conversão em casamento. Portanto, não faz nenhum sentido entender que os dois institutos se equiparam, pois se o fossem, não necessitaria converter a união estável em casamento.

O casamento se faz por atos formais e solenes, devendo obediência a uma série de requisitos e etapas que devem ser cumpridas para a sua regular constituição. Já a união estável não requer qualquer formalidade ou celebração. Basta a presença dos pressupostos, demonstrados no item “4” da união estável, em uma relação para que essa seja reconhecida e protegida pelo Estado.

A semelhança maior entre os dois institutos situa-se no regime de bens, além dos direitos e deveres. Tanto os cônjuges, como os companheiros, possuem as mesmas obrigações e direitos, com exceção do dever de fidelidade, o qual está previsto apenas como dever entre os cônjuges. O regime de bens para ambos, salvo estipulação em contrário ou determinação legal diversa, é o da Comunhão Parcial de bens.

As causas de impedimentos, previstas no Art. 1.521, conforme demonstrado anteriormente, obsta tanto a celebração do casamento como a constituição da união estável. Mas, as causas suspensivas não impedirá a constituição da união estável, conforme descrito no Art. 1.723, §2º, do Código Civil.

Diante da omissão do legislador sobre a incidência das causas suspensivas na união estável um grande conflito se instalou. Como demonstrado no item “11.2”, das causas suspensivas do casamento, a incidência dessas causas não suspende a celebração, mas somente impõe aos contraentes uma espécie de sanção, qual seja, a imposição do regime de bens. Sanção essa que também é imposta em casos específicos, como no casamento do maior de setenta anos. Mas, na união estável o legislador foi omissivo a esse respeito.

O entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, em Instituições de Direito Civil, vol. V, é que devem ser aplicadas as mesmas restrições do casamento às uniões estáveis. Caso não sejam, a união estável estaria sendo prestigiada em detrimento ao casamento.

## **7- Dissolução da união estável**

A instituição familiar caracterizada como União Estável pode ser dissolvida por acordo entre as partes, ou por decisão judicial que determina seu fim. Ao ser dissolvida a União gera várias obrigações a serem cumpridas pelos companheiros da relação, tanto material como imaterial.



No que se refere ao aspecto material, está à assistência e auxílio econômico recíproco, alimentos, saúde, habitação, vestuário, transporte e lazer. Já o aspecto imaterial caracteriza-se no dever do respeito, devendo o companheiro oferecer proteção aos direitos de seu consorte.

Nesse contexto, é necessário que o estado ofereça proteção jurídica à nova família formada fora dos moldes tradicionais, assim como garantir, ao convivente que dela necessitar, os direitos de assistência alimentícia e partilha de bens. Toda união gera efeitos jurídicos, e obrigação de garantir alimentos e partilha dos bens patrimoniais.

Assim como ocorre no casamento civil na união estável também existe regime de bens. E, portanto, sua dissolução gera efeitos jurídicos, assim como os geram a dissolução do casamento.

### **7.1- Dissolução pela Morte**

Dissolvida a União Estável pela morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, de acordo com o art. 7º, parágrafo único da Lei nº 9.278/96.

Assim como no casamento, na união estável deverá também o companheiro sobrevivente ser protegido pela Lei, visto que este enquanto vivia com outro moraram e compartilharam momentos juntos, estabeleceram família. Nada mais justo que o sobrevivente tenha direito ao que era de seu companheiro.

### **- REGIME DE BENS-**

O casamento gera efeitos pessoais e patrimoniais, sendo os efeitos patrimoniais determinados pelo regime de bens adotado. Assim, os regimes de bens são os princípios jurídicos que regulam as relações econômicas entre os cônjuges, na constância do casamento.

**1- Conceito-** “é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultante do casamento. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários”. (Maria Helena Diniz)

## **2- Princípios-**

Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves o regime de bens disciplina as relações econômicas entre os cônjuges durante o casamento. Dessa forma, essas relações devem se submeter a três princípios básicos, são eles: a irrevogabilidade, a livre estipulação e a variedade de regimes.

**2.1- Princípio da irrevogabilidade-** refere-se à restrição de mudança do regime de bens. Dá-se a imutabilidade e, por consequência, a irrevogabilidade para garantir o interesse dos cônjuges e de terceiros, ou seja, para evitar que uma parte abuse de sua posição para obter vantagens em seu benefício.

Tal imutabilidade não é absoluta de acordo com o artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, o qual autoriza a alteração do regime ao dispor que "é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros". Importante salientar que tal motivação não pode ser sustentada unilateralmente ou por iniciativa de apenas um dos cônjuges em processo litigioso, posto que a redação do artigo traz a expressão "de ambos".

**2.2- Princípio da livre estipulação-** esse princípio pode ser extraído do artigo 1.639 do Código Civil, o qual permite aos nubentes a escolha do regime de bens antes da celebração do casamento.

O parágrafo único do artigo 1.640 do CC também estabelece neste sentido, ao prever que poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula.

Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Esta livre estipulação não é absoluta também. Exceção a este princípio decorre da expressa fixação do regime de bens por lei, como, por exemplo, as pessoas que se encontrem nas situações previstas no artigo 1.641 do Código Civil.

Segundo este artigo, "é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de setenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial".

Nesse sentido, Não tendo os nubentes optado por um regime de bens específico ou sendo este nulo ou inválido, o regime adotado será o da comunhão parcial.

**2.3- Princípio da variedade de regimes-** é a possibilidade, que a lei concede aos nubentes, de selecionar um dentre os diversos regimes que podem ser adotados. São cinco os regime de bens estabelecidos pelo Código Civil de 2002, conforme se vê a seguir.

### **3- Espécies-**

Os regimes de bens previstos atualmente no ordenamento jurídico brasileiro são: comunhão universal; comunhão parcial; separação convencional; separação legal ou obrigatória; e participação final nos aquestos.

**3.1- Comunhão Universal-** institui que todos os bens dos nubentes irão se comunicar após a celebração do casamento. Independente de serem atuais ou futuros, e mesmo que adquiridos em nome de um único cônjuge, assim como as dívidas adquiridas antes do casamento.

Somente não se comunicarão os bens expressamente excluídos pela lei ou por convenção das partes no pacto antenupcial. Como uma herança ou doação que contenha cláusula de incomunicabilidade.

Por ser considerado um regime convencional, deve ser expressamente firmado no pacto antenupcial.

**3.2- Comunhão parcial-** institui a separação dos bens passados (que o cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto aos bens futuros (que virão a ser adquiridos durante o casamento).

No caso de omissão dos nubentes, ou se o regime adotado for nulo ou ineficaz, este será o regime estabelecido por lei.

Deste regime decorrem três massas de bens: os comuns (pertencentes ao casal), os do marido e os da esposa. Além disso, estes bens ficam classificados como incomunicáveis ou comunicáveis. Os primeiros são os que constituem o patrimônio particular de um dos cônjuges e estão previstos nos

artigos 1.659 e 1.661 do CC, enquanto os segundos são os introduzidos na comunhão.

Os bens comunicáveis não são apenas os adquiridos antes da celebração do casamento, mas também todo bem adquirido a título gratuito (por doação ou sucessão) e os sub-rogados em seu lugar, isto é, os bens contraídos pela alienação dos recebidos a título gratuito. Conforme dispõe o Art. 1.659 do Código Civil.

Assim, excluem-se da comunhão: "os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes".

Dispõe o artigo 1.664 do CC que "os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal". Portanto, as responsabilidades pelos débitos provindos na constância do casamento são de ambos, e a administração do patrimônio comum compete a qualquer um deles.

**3.3- Separação de bens convencional-** nada se comunica, cada cônjuge continua proprietário exclusivo de seus próprios bens, assim como se mantém na integral administração destes, podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente, independente de ser o bem móvel ou imóvel. De acordo com o artigo 1.688 do Código Civil.

Por esse regime, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em sentido contrário no pacto antenupcial.

**3.4- Separação de bens legal ou obrigatória-** assim como no regime anterior, nada se comunica, a diferença é que este regime independe do pacto antenupcial, posto que é determinado por lei.

O Código Civil, em seu artigo 1.641, estabelece que este regime é obrigatório no casamento:

- a) das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- b) da pessoa maior de setenta anos;
- c) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

São causas suspensivas da celebração do casamento, os incisos I a IV do artigo 1.523 do CC, que estabelece que não devem casar: o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez; o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; o tutor ou o 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.

**3.5- Regime da participação final nos aquestos-** “este regime é misto. Durante o casamento aplicam-se todas as regras da separação total e, após sua dissolução, as da comunhão parcial.” (Carlos Roberto Gonçalves)

Esse regime nasce da convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial.

Os bens que cada cônjuge possuía ao casar serão incluídos no patrimônio próprio, assim como os por ele adquiridos, a qualquer título, desde que na constância do casamento. Cada cônjuge ficará responsável pela administração de seus bens, mas, sem autonomia para alienar os imóveis.

Caso ocorra a dissolução do casamento, deverá ser apurado o montante dos aquestos e excluir da soma dos patrimônios próprios dos cônjuges: os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; e as dívidas relativas a esses bens.

Se os cônjuges adquiriram bens pelo trabalho conjunto, cada um terá direito a uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido. Não sendo de uso pessoal de um cônjuge, as coisas móveis serão presumidas do domínio do cônjuge devedor, em face de terceiros. Já os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome consta no registro.

Em respeito a um princípio de ordem pública, que não pode ser contrariado pela vontade das partes, o direito à meação não é renunciável,

cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial. Quando da dissolução do regime de bens por divórcio, o montante dos aquestos deverá ser verificado à data em que cessou a convivência.

Não sendo possível ou sendo inconveniente a divisão de tais bens, deverá ser calculado o valor de alguns ou de todos para que o cônjuge que não é proprietário reponha em dinheiro.

#### **4- Pacto antenupcial-**

O pacto antenupcial é um acordo ou contrato feito entre os nubentes para, no exercício da liberdade que possuem, definirem as regras patrimoniais que disciplinaram a sociedade conjugal.

A natureza jurídica desse acordo é indubitavelmente contratual e necessariamente deverá ser efetivado antes de ocorrer o casamento.

Mesmo sendo uma expressão da liberdade contratual dos nubentes, o pacto antenupcial está subordinado aos princípios que condizem com a ordem pública, tanto no aspecto patrimonial, como no pessoal. Dessa forma, serão invalidas as cláusulas que suprimam direitos dos cônjuges ou que de tratamento diverso a objeto de lei proibitiva ou imperativa.

Se a cláusula for nula, somente ela será tida como não escrita permanecendo válido o restante do pacto. Sendo ela anulável, poderá ser confirmada, mesmo após o casamento.

Conforme dispõe o Art. 1.653, do Código Civil, a validade e eficácia desse acordo fica subordinada a dois requisitos, são eles: a forma e a condição. O ordenamento jurídico prevê que para ser válido o pacto deve ser feito por meio de escritura pública e apenas produzirá efeitos com advento da condição estipulada para o acordo, que é o casamento. Enquanto não ocorrer o casamento o pacto existirá, possuirá validade, mas, não implicará nenhuma consequência para os nubentes.

Conforme dispõe o Art. 1.641, III, do Código Civil, na hipótese de pacto antenupcial realizado por menor, sua eficácia ficará condicionada à aprovação dos pais ou do representante legal do menor. Exceto para os casos de regime de bens obrigatório.

Como demonstrado anteriormente, o pacto antenupcial fica vinculado à condição da realização do casamento. Quando ocorrer a condição e o casamento for celebrado, o pacto antenupcial passará a ser um acessório ao casamento. Nesse sentido, viverá a sorte do principal, ou seja, anulando-se o

casamento o pacto antenupcial também será invalidado. Mas, como o pacto é acessório, o inverso não ocorre. Se o pacto for anulado não atingirá a validade do matrimônio.

## **- DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL-**

Toda a disciplina da dissolução da sociedade conjugal consta no capítulo X, subtítulo I do título I do Código Civil, que diz:

Art. 1.571 do Código Civil:

A sociedade conjugal termina:

- I. pela morte de um dos cônjuges;
- II. pela nulidade ou anulação do casamento;
- III. pela separação judicial;
- IV. pelo divórcio.

§ 1º. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

O fim da sociedade conjugal libera os cônjuges de alguns dos deveres impostos a eles, como o dever de fidelidade, ou o dever de coabitação. Entretanto, os cônjuges continuam subordinados ao vínculo do matrimônio, que os impede de contrair novas núpcias. Apenas com o fim do vínculo matrimonial é que estarão totalmente desobrigados os cônjuges. A esse respeito explica Maria Helena Diniz:

“A separação judicial dissolve a sociedade conjugal, mas conserva íntegro o vínculo, impedindo os cônjuges de convolar novas núpcias, pois o vínculo matrimonial, se válido, só termina com a morte de um deles ou com o divórcio”.

### **1- Dissolução por morte de um dos cônjuges-**

A morte de um dos cônjuges traz como resultado a dissolução tanto da sociedade conjugal como do vínculo e o cônjuge sobrevivente atribui-se o estado civil de viúvo. Essa causa está prevista no Art. 1.571, I, do Código Civil.

A partir de sua ocorrência, o cônjuge sobrevivente poderá contrair novo casamento, por estar desimpedido devido ao fim do vínculo do matrimônio.

Entretanto, algumas marcas do vínculo permanecem, como o parentesco por afinidade, ou o nome de casado.

Em que pese à autorização de contrair novas núpcias após morte do cônjuge, entendeu pertinente o legislador, no tocante à mulher, a observação do prazo temporal de dez meses para tanto, no intuito de evitar-se o “turbatio sanguinis”. Conforme demonstrado no item “11.2” das causas suspensivas do casamento.

Importante se faz destacar que a dissolução do casamento também se opera com a morte presumida, sendo esta hipótese prevista no artigo 1.571, § 1º, segunda parte, do Código Civil. Dessa forma, entende-se dissolvido o casamento do cônjuge presumidamente morto.

A morte de um dos cônjuges mostra-se como uma das formas mais simples de dissolução do casamento. Diferentemente das outras causas terminativas, decorre simplesmente de uma causa fática (morte de um dos cônjuges), não havendo discussão jurídica sobre tanto.

## **2- Dissolução pela nulidade ou anulação do casamento-**

A lei arrolou a nulidade e a anulação como causas de dissolução porque são invocáveis no curso do casamento. Entretanto, na realidade, põe-se fim à sociedade conjugal em determinado momento, mas, devido a uma razão motivadora que antecede ao casamento.

Nesse sentido, a nulidade ou anulação do casamento dissolve a sociedade conjugal, pois os que eram casados não mais exercerão um com o outro a comunhão de vida. Mas, não é previsto como uma forma de dissolução do vínculo matrimonial. Isso porque a nulidade extingue o vínculo em sua origem, como se nunca tivesse existido, voltando as partes ao “Status quo ante”. E a anulação extingue o vínculo a partir da sentença, mas, diferentemente das demais formas, não permanecerá nenhuma marca do vínculo matrimonial que chegou a existir.

Os impedimentos que tornam nulo o matrimônio estão no Art. 1.521 do Código Civil. Já os impedimentos que podem anular o casamento estão no Art. 1.550 do Código Civil.

A existência de sentença anterior de separação judicial ou de divórcio não impede a propositura da ação de anulação do casamento. Nada impede também a cumulação da ação anulatória com a de separação judicial, em ordem sucessiva.



Além disso, apesar da nulidade ou anulação do casamento extinguirem totalmente o vínculo matrimonial, poderá ocorrer do casamento que foi declarado nulo, ou o casamento que foi anulado, produzir efeitos. Conforme demonstrado no item “6”, da eficácia do casamento.

<b>INVALIDIDADE DO CASAMENTO</b>	
<b>NULIDADE</b>	<b>ANULAÇÃO</b>
Vício grave	Vício leve
Interesse de ordem pública	Interesse de ordem privada
Qualquer pessoa pode arguir	Só os interessados podem arguir
As partes voltam ao “Status quo ante”	Tem efeitos
Art. 1.548, Código Civil	Art. 1.550, Código Civil

### **3- Separação**

A separação é uma forma de dissolução da sociedade conjugal que se divide em duas espécies, são elas: Separação judicial e Separação de fato.

O Art. 1.572 e 1.573 do Código Civil descrevem quais os fatos que podem ensejar a separação, ressaltando que é um rol exemplificativo. Pelo exercício da liberdade pode ser que não haja nenhum desses motivos e ainda sim a pessoa pode se separar.

#### **3.1- Separação judicial-**

A separação judicial está prevista no Art. 1.572, do Código Civil, podendo ela ser litigiosa ou amigável. Entende-se por litigiosa aquela em que há dissenso entre os cônjuges. Antes a separação era uma etapa que os casados obrigatoriamente deveriam percorrer para conseguirem o divórcio.

Por essa modalidade de dissolução da sociedade conjugal cessam, a partir da sentença de separação, alguns dos deveres impostos aos cônjuges, que são: dever de coabitação; dever de fidelidade recíproca; as obrigações e consequências do regime de bens do casamento; as imposições da sucessão,

mas o vínculo matrimonial é mantido. Devido à manutenção do vínculo, podem os cônjuges reatar o casamento a qualquer momento por uma reconciliação.

Em 2010, entretanto, foi editada a emenda constitucional 66. Essa emenda alterou a redação do §6º, do Art. 226, da CR/88.

Pelo antigo texto, o divórcio somente ocorreria pelo sistema dual ou binário, ou seja, a separação era o único modo dos casados conseguirem o divórcio, que se daria somente pela conversão. Essa conversão se dava apenas por requerimento de algum dos cônjuges após pelo menos 01 ano da sentença da separação judicial.

A alteração no dispositivo constitucional colocou fim a esse sistema dual ou binário e instituiu o divórcio direto. Por um lado essa alteração privilegiou o exercício da liberdade instituindo o divórcio direto, mas, por outro, criou uma grande discussão e controvérsias acerca da separação judicial. O posicionamento doutrinário e jurisprudencial não é pacificado sobre o assunto e existem duas correntes sobre o assunto.

A primeira sustenta que a separação judicial não encontra mais respaldo no texto constitucional e, conseqüentemente, todas as normas infraconstitucionais a respeito encontram-se revogadas tacitamente. Nesse sentido, por essa corrente, a separação judicial foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda corrente aduz que a mera supressão de menção à separação judicial na Carta Magna não justifica a extinção do instituto, mas somente, faculta aos cônjuges a adoção do procedimento que melhor se adegue a situação de fato. Este posicionamento destaca a necessidade de se atentar ao verbo “pode”, pois numa interpretação restrita não exclui a existência de outras formas de dissolução do casamento.

### **3.2- Separação de fato-**

Também conhecida como separação de corpos, a separação de fato é na verdade um fato social que foi disciplinado pelo Direito.

Como na concepção clássica o casamento era caracterizado pela indissolubilidade, por não ser possível desfazer o casamento, as pessoas simplesmente abandonavam a vida em comum com o cônjuge.

Diante desse fato ordenamento jurídico disciplinou a separação de fato admitindo ela como uma das formas da dissolução da sociedade conjugal. A separação de fato também compunha o sistema dual para o divórcio. Enquanto

a separação judicial carecia do prazo de 01 ano da sentença para a conversão em divórcio, a separação de fato carecia de 02 anos para possibilitar também tal conversão.

Assim como na separação judicial, a separação de fato também cessa os mesmos deveres matrimoniais, assim como mantém o vínculo matrimonial. A diferenciação é quanto ao momento em que se dissolve a sociedade conjugal. A separação judicial tem como marco a sentença de separação, mas, a separação de fato tem como marco o fim da comunhão de vida, ou seja, o momento em que pararam de viver como marido e mulher.

#### **4- Divórcio-**

O divórcio é uma medida jurídica para a dissolução da sociedade conjugal que põe fim também ao vínculo matrimonial e, diferentemente da separação, não admite reconciliação. Uma vez divorciado somente se estabelece o vínculo matrimonial casando novamente.

Assim como ocorre na dissolução pela morte de um dos cônjuges, após o divórcio também permanecem algumas marcas do vínculo matrimonial que fora desfeito, como o parentesco por afinidade ou o estado civil que não mais voltará a ser o de solteiro, ou até mesmo a restrição por um determinado tempo para constituir uma nova família para se evitar a confusão sanguínea no caso de gerar um filho que provocará a presunção de paternidade para os dois pais, conforme foi demonstrado no item “12.2- B”, que trata das causas suspensivas do casamento.

Essa forma de dissolução não possui prazo extintivo, ou seja, não prescreve ou decai o direito de se divorciar. Além disso, o divórcio também não interfere ou modifica o poder familiar dos pais para com seus filhos.

O divórcio, conforme demonstrado no item anterior, após a Emenda Constitucional 66 de 2010, sofreu importantes alterações.

Antes da EC66/2010 o divórcio somente poderia ocorrer por meio da conversão da separação, seja ela judicial ou de fato. Dessa forma, os cônjuges tinham necessariamente que esperar um determinado tempo para que conseguissem encerrar o vínculo que possuíam.

Com a alteração do texto constitucional instituiu-se o divórcio direto. Nesse sentido, os cônjuges não mais terão de se separar para converter a separação em divórcio, tão pouco precisará esperar para exercer a sua liberdade de escolha. Essa alteração do texto constitucional privilegiou a autonomia privada.

O divórcio pode ocorrer de duas maneiras, pode ocorrer por via judicial, através da qual se pode divorciar amigável ou litigiosamente, ou pode ocorrer por via extrajudicial, que somente poderá ocorrer de forma amigável.

#### **4.1- Divórcio judicial-**

É a modalidade de dissolução em que os cônjuges, ou algum deles, ajuíza uma ação de divórcio para por fim ao casamento. A situação será conhecida e julgada por um juiz de direito que irá determinar todas as consequências dessa dissolução conforme determina a lei e os acordos firmados entre os cônjuges na constância do casamento.

Essa espécie de dissolução pode se dá de duas formas, são elas: amigável ou litigiosa. Entretanto, em que pese ser uma das opções para a dissolução da sociedade conjugal que os cônjuges podem escolher, em alguns casos o divórcio judicial será obrigatório.

Se a dissolução for litigiosa, ou seja, se houver dissenso entre os cônjuges, apenas poderá ser feito o divórcio pela via judicial. Além disso, caso haja interesse de incapaz envolvido na dissolução, também somente poderá ocorrer o divórcio pela via judicial. Conforme dispõe o Código de Processo Civil de 1.973 no seu Art. 1.124-A, e o novo Código no seu Art. 733.

#### **4.2- Divórcio extrajudicial-**

É uma forma de dissolução da sociedade conjugal na qual os cônjuges vão ao cartório e através de uma escritura pública põem fim ao casamento.

Para que seja possível essa espécie de divórcio o distrato do casamento deve se dar de forma amigável e consensual entre os cônjuges e não pode haver interesse de incapaz envolvido, conforme demonstrado no item acima. Se o distrato não possuir esse dois requisitos o divórcio necessariamente deverá ser feito pela via judicial.

#### **4.3- Partilha de bens-**

Conforme demonstrado anteriormente, o divórcio põe termo ao casamento. Sendo assim, todos os efeitos decorrentes dos acordos firmados entre os cônjuges na constância do casamento incidiram sobre eles. A partilha deverá ocorrer conforme o regime de bens escolhido pelos cônjuges ou o regime determinado pela lei, se for o caso.

Na solução do divórcio todas as questões sobre a dissolução do casamento como a guarda dos filhos e partilha dos bens devem ser definidas. Entretanto, conforme dispõe a Súmula 197 do STF, o divórcio pode ser concebido mesmo sem ser feita a partilha dos bens. Permanecendo os bens em condomínio dos ex-cônjuges.

## **- FILIAÇÃO-**

É a relação de parentesco em primeiro grau, em ascendência e descendência, que vincula os sujeitos envolvidos, definindo maternidade e paternidade.

O Código Civil de 2002 afirma no seu Art. 1.603 que a filiação se prova pela certidão do termo de nascimento, registrada no Registro Civil. Mas, não se podendo provar diretamente a paternidade o ordenamento jurídico brasileiro define a filiação por presunções, as quais são pautadas em probabilidades.

Pela concepção clássica a presunção de paternidade era “lures et lures”, ou seja, absoluta. Posteriormente, com o Código Civil de 1.916, o marido passou a deter, privativamente, o direito de contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher. Mas, atualmente, com a vigência da Constituição de 1.988 e do Código Civil de 2002, esse direito não é privativo do marido, o companheiro também detém tal direito no caso de união estável comprovada. Isso significa dizer que atualmente a presunção de paternidade é “Juris tantum”, ou seja, relativa.

Além da evolução acerca da presunção da paternidade, houve também uma evolução no que se refere aos direitos dos filhos. Na ideia clássica, apenas era juridicamente reconhecida a filiação natural, em outras palavras, aquela concebida na entre marido e mulher na constância do casamento. Dessa forma, apenas os filhos naturais tinham garantidos os direitos decorrentes da filiação. Mas, atualmente o Art. 1.596 do Código Civil recorre ao princípio da igualdade de filhos, que está previsto no §6º, do Art. 226 da CR/88, para equiparar todos os filhos, vedando qualquer espécie de discriminação entre eles. Além de desvincular a filiação do estado civil.

Com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, os dispositivos que disciplinam a filiação perderam os fundamentos de validade das restrições à busca da verdade biológica para atender o maior interesse da criança. Dessa forma, o ordenamento definiu a multiparentalidade para estabelecer a filiação. Seja o vínculo genético ou socioafetivo a filiação será definida e com os mesmos direitos.

## 1- Espécie de filiação-

A filiação pode ser definida de duas maneiras, são elas: a filiação biológica, ou natural e a filiação socioativa.

**1.1-Filiação natural-** refere-se ao vínculo biológico ou genético que existe entre o ascendente e descendente.

A filiação natural pode ser definida de duas formas, quais sejam: pela comprovação e pela presunção.

Como bem observa Flávio Tartuce (2010, p. 1111), o Código Civil de 2002, em seu Art. 1.597, consagrou as antigas presunções de paternidade das relações matrimoniais, bem como trouxe inovações tutelando juridicamente as presunções relativas às técnicas de reprodução assistida, dispondo o seguinte:

Art. 1597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Entretanto, em que pese à validação deste artigo, sua eficácia no que se refere aos incisos I e II perdeu razão de ser, uma vez que com o surgimento do exame de DNA, se houver incerteza quanto à paternidade pode o suposto genitor se valer deste meio de prova, que tem um valor probatório quase que absoluto em relação ao vínculo parental, segundo pondera Flávio Tartuce (2011, p. 1111).

Claro está, portanto, que de acordo com a evolução tecnológica hodierna, a paternidade biológica pode ser comprovada, indubitavelmente, pelo exame de DNA, que, por sua vez, acaba por ilidir a aplicabilidade de tais presunções dos incisos I e II.

No que concerne à presunção do inciso III, entende-se que há o consentimento de ambos os cônjuges, caso seja post mortem – sendo que aqui não há falar acerca de direitos sucessórios– deverá seguir o que preconiza o Conselho da Justiça Federal, no Enunciado nº 106, in verbis:

"[...] para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. Autor e página onde está o Enunciado nº 106 do Conselho da Justiça. (BRASIL, 2008)."

A previsão estabelecida no inciso IV necessita da anuências de ambos os cônjuges, pois somente quem doa os gametas tem o poder de decidir pela concepção de embriões excedentários, isto é, aquele não implantado no útero materno, proveniente de fertilização em laboratório. Vale ressaltar que a legislação pátria veda a utilização desses embriões por casais que não sejam os verdadeiros pais genéticos.

O Conselho da Justiça Federal, por meio do Enunciado nº 107, assim se manifesta sobre a matéria, na hipótese de dissolução da sociedade conjugal:

"[...] somente poderá ser aplicada a presunção, caso haja autorização prévia e por escrito por parte dos ex-cônjuges para a utilização dos aludidos embriões, somente podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação dos mesmos para que seja presumida a paternidade do marido falecido. Autor e página onde está o Enunciado nº 107 do Conselho da Justiça. (BRASIL, 2008)."

Por fim, ao analisar o inciso V, que trata da inseminação artificial heteróloga, na qual o esperma é doado por terceira pessoa, sendo aplicável, por exemplo, nos casos de esterilidade do marido. Dessa forma, fica evidente que não há vínculo genético paterno-filial. Logo, é indispensável a anuência do marido para uso do sêmen de um doador anônimo.

Nesta hipótese presume-se pai da criança o marido da mulher, vindo essa relação ser fundada tão somente com base nos laços afetivos, razão pela qual, em regra, a presunção é considerada absoluta, mas tão somente nesta circunstância.

## **1.2- Filiação socioafetiva-**

De acordo com Maria Berenice Dias, a filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. O filho é titular do estado de filiação, que se consolida na afetividade. Além disso, o art. 1.593 evidencia a possibilidade de diversos tipos de filiação, quando menciona que o parentesco pode derivar do laço de sangue, da adoção ou de outra origem.

O estabelecimento da filiação se perfaz pelo estado de filho quando da ocorrência de um fato natural, seja pelo laço biológico, seja por um ato jurídico no caso, por exemplo, da adoção.

O afeto passou a ter valor jurídico, decorrente da consagração de princípios constitucionais, passando a filiação a ser vista pelos seus valores culturais, sociais, morais e no conflito existente entre o fato e a lei, o afeto deve se sobrepôr à mera presunção.

Mesmo possuindo a definição da filiação socioafetiva qualquer pessoa pode buscar suas origens biológicas. Entretanto, a busca pela verdade real, ou seja, pela origem genética, não ultrapassa os limites do direito à personalidade, vedado o caráter patrimonial, alimentar e sucessório.

Os pais afetivos não precisam de um processo de adoção para registrar a criança como seu filho, sendo apenas necessário o ajuizamento de uma ação de investigação de paternidade socioafetiva, a ser declarada em juízo, com fundamento no afeto voluntário.

## **- ADOÇÃO-**

Por adoção tem-se “Uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a preposição de uma relação não biológica, mas afetiva. Portanto, um ato jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.” Venosa (2010)

Conforme demonstrado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro adota a ideia da pluralidade familiar. Dessa forma, além da família instituída pelo casamento, admite-se também a família instituída pela união estável, assim como a família monoparental, ou seja, o agrupamento formado só pelo pai, ou só pela mãe e seus filhos naturais ou adotivos.



Ao se falar de adoção, a família seria portando, o amparo, o sustento, a proteção de uma família substituta, para o adotado.

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro baseia-se nas seguintes leis para a adoção, priorizando sempre o melhor interesse das crianças e dos adolescentes: o Código Civil e a Lei 8069/1990, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 12.010/2009, que altera o ECA.

A adoção é de caráter integral e irrevogável. Portanto, fica evidente a importância do estágio de convivência. É nesse estágio que ambos os lados, criança e família, devem se conhecer, antes de todo o processo ser formalizado legalmente. O referido estágio tem a finalidade de adaptação da convivência do adotando ao novo lar. O juiz poderá dispensar o estágio, caso o adotando, tiver menos de um ano.

Qualquer pessoa pode ser adotada, seja maior ou menor de idade, desde que o adotante possua a maioridade civil, o que não inclui a emancipação por ser apenas um adiantamento da capacidade e não da maioridade, além de possuir uma diferença mínima de 16 anos em relação ao adotado.

É possível inclusive a adoção póstuma, que ocorre quando, após a manifestação clara e inequívoca do interesse de adoção, o adotante vem a falecer antes de conseguir realizar a adoção. Mas, para este tipo de adoção se concretizar, a manifestação de vontade deve ser clara e inequívoca além de existir a demonstração do laço de afetividade entre o adotante e o adotado.

Quando efetivada a adoção a família biológica perderá totalmente o vínculo de parentesco com o adotado. E, juntamente o a relação de parentesco, perderá também o poder familiar. Como a adoção se formará uma família substituta que deterá a guarda provisória enquanto o adotado estiver no período de adaptação.

Pela igualdade entre os filhos, instituída pelo texto constitucional, o adotado terá os mesmos direitos e obrigações que os filhos naturais.

## **- PODER FAMILIAR-**

Tem-se por poder familiar a autoridade jurídica dos pais para com seus filhos menores. Ressalta-se que o poder familiar existe em relação aos filhos que não atingiram a maioridade civil, e não simplesmente aos filhos incapazes. Isso porque, mesmo incapaz, quando o filho atingir a maioridade civil extinguirá o poder familiar, cabendo aos pais nesse caso apenas representar ou assistir o filho, conforme o nível de incapacidade dele.

Na concepção clássica o poder familiar era chamado de “Pater Poder” e era exercido apenas pelo pai. Mas, com as mudanças ocorridas no direito de família o “pater poder” passou a ser chamado de “poder familiar” e, em razão da igualdade constitucional entre o homem e a mulher, tal poder passou a ser exercido por ambos.

<b>COMPARATIVO DO PODER FAMILIAR</b>	
<b>CONCEPÇÃO CLÁSSICA</b>	<b>CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA</b>
Pátrio Poder	Poder familiar
Poder exercido somente pelo pai	Poder dividido proporcionalmente entre os pais
Mãe subordinada ao pai	Mãe em igualdade de condições com o pai

Maria Helena Diniz assevera que o poder familiar é irrenunciável, pois incumbe aos pais esse poder-dever, inalienável, tanto a título gratuito quanto a título oneroso. Entretanto, cabe uma exceção que diz respeito à delegação do exercício do poder familiar por desejo dos pais ou responsável e continua: “É imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo; somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei. É incompatível com a tutela, não se pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar. Conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência”.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva”.

Desta maneira, conclui-se que o poder familiar é igualmente exercido pelos genitores e decorre da paternidade e filiação, não sendo necessário o casamento ou a união estável para sua configuração, visto que “a unidade da família não se confunde com a convivência do casal; é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores”.

Deve-se verificar se os pais estão agindo de acordo com o interesse do menor, pois, se verificado a incompatibilidade no comportamento do pai, tal

como o abuso de poder, ele pode perder o poder familiar, conforme disciplina o Art. 1.638 do Código Civil de 2002.

## **1- Direitos dos filhos-**

Os direitos dos filhos está intimamente ligado aos deveres dos pais, pois um é consequência do outro. Nesse sentido prevê o ordenamento:

“Art. 227, CR/88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta entre os direitos fundamentais dos menores o seu desenvolvimento sadio e harmonioso, bem com o direito de serem criados e educados no seio de sua família.

O texto legal deve ser interpretado levando-se em conta o melhor interesse da criança.

## **2- Deveres dos pais-**

Como demonstrado anteriormente, os direitos dos filhos estão relacionados diretamente com os deveres dos pais, sendo assim o Código Civil determina:

Os pais possuem inúmeros encargos quanto à pessoa do filho, o artigo 1634 do CC/02 elenca uma série de obrigações (rol exemplificativo).

“Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Em sentido amplo, “criar”, significa cultivar, educar, fazer crescer, promover o crescimento, em sentido jurídico, o dever de criar implica em assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais à pessoa humana, é garantir o bem-estar físico do filho, o que inclui sustento alimentar, cuidado com a saúde e tudo o que for necessário para a sobrevivência.

Leonardo Castro discorre “a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança”.

### **3- Guarda-**

O Código Civil, no inciso II do Art. 1.634, prevê a Guarda do filho como um dever imposto aos pais pelo poder familiar.

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de prestar-lhe a assistência necessária. O detentor da guarda é o responsável legal pelo menor.

Entretanto, nem sempre quem possui o poder familiar sobre a criança possuirá também a sua guarda. Isso acontece quando um casal se divorcia e concedida a guarda unilateral à mãe. Nesse caso, tanto o pai quanto a mãe continuam sendo detentores do poder familiar, mas só a mãe detém a guarda. Da mesma forma, nem sempre quem detém a guarda é o detentor do poder familiar. Isso ocorre quando a guarda da criança é concedida a terceiros, como a avó, por exemplo. Nesse caso, a avó possuía a guarda, mas não possui o poder familiar, que continua cabendo aos pais do menor.

O artigo 33, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que a guarda implica na prestação de assistência material, moral e educacional, o que confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Podemos, portanto, entender através deste artigo que a guarda implica nos cuidados cotidianos com os filhos. O ato de retirar ou impedir a convivência do menor com quem detenha a guarda é um ilícito civil e acarretará na busca e apreensão do menor.

Na assistência material está envolvido o sustento do menor, bem como a administração dos seus bens, se ele possuir algum. Ressalta-se que o detentor da guarda do menor será usufrutuário dos bens pertencentes ao menor, cabendo ao usufrutuário o direito de usar e gozar, mas, também lhe incumbe o dever de proteção desses bens.

No momento em que há o rompimento do convívio dos pais, ou nas hipóteses em que este nunca existiu, os genitores deixam de exercer, em conjunto, as funções parentais, devendo ser estabelecida então uma modalidade de guarda que vise à efetividade da busca dos melhores interesses do menor. Vale ressaltar que a definição da modalidade de guarda não é definitiva, podendo ser revista, bem como redefinida a qualquer momento.

### **3.1- Espécies de guarda-**

O Código Civil no seu Art. 1.583 prevê apenas duas modalidades de guarda. Entretanto, no Art. 1.586, o mesmo dispositivo legal diz que em caso de motivos graves e a bem do menor o juiz poderá definir a guarda de forma diversa da prevista no Art. 1.583. Dessa forma, as modalidades de guarda que atualmente poderão ser estabelecidas são:

**3.1.1- Guarda unilateral-** atribuída apenas a um dos genitores a guarda do menor, com o estabelecimento de regime de visitas ao genitor não guardião, e é atribuída motivadamente àquele que revele melhores condições de exercê-la.

O genitor escolhido também deve ser aquele que demonstre maior aptidão para propiciar à prole afeto nas relações parentais e com o grupo familiar; saúde e segurança, e por fim, educação, nos termos dos incisos do parágrafo 2º do artigo 1.584 do CC/02.

O Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 1.583 a possibilidade de adoção da guarda unilateral como modalidade secundária, sendo a regra a adoção da guarda compartilhada.

A concessão da guarda unilateral poderá ser requerida, por consenso entre os genitores, ou por qualquer um deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, bem como pode ser decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do menor e seu interesse, tentando o magistrado sempre conciliar a distribuição do tempo da criança ou adolescente com seus genitores, nos termos dos incisos do artigo 1.584 do Código Civil de 2002.

Além dos casos de litígio entre os pais, tal modalidade de guarda também é encontrada em famílias monoparentais, visto que a criança é registrada com o nome de apenas um de seus genitores, de modo que a adoção da guarda unilateral não é surpresa.

**3.1.2- Guarda compartilhada-** ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente.

Isso significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criar e cuidar dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos.

Essa modalidade de guarda foi recepcionada no artigo 1.583 do Código Civil vigente, que, em seu parágrafo 1º a preceitua como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Dessa forma, o legislador passou a privilegiar tal modalidade de guarda em detrimento da unilateral, a fim de assegurar o melhor interesse do menor, que sempre leva proveito em manter ambos os genitores em sua vida.

No mesmo sentido do legislador, não só a doutrina como também a jurisprudência entendem que esta é a melhor forma de proteger os interesses do menor, de modo a tornar a separação de seus genitores um evento menos gravoso para o menor envolvido.

Com a aplicação desta forma de guarda, o genitor que não vive sob o mesmo teto de seu descendente tem assegurado o livre exercício

do poder parental a ele atribuído - ainda que nunca o perca de fato - participando, assim, de maneira muito mais efetiva na vida de seu filho.

**3.1.3- Guarda alternada-** cada um dos pais tem a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia, como os pais escolherem. Entretanto, durante o período de tempo que foi definido, deterá, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal, não podendo um dos pais interferir no exercício da guarda no período correspondente ao outro. Terminado o período os papéis invertem-se.

Essa modalidade de guarda não foi positivada em nossa legislação civil, conforme se extrai do artigo 1.583 do Código Civil de 2002: “não há outra espécie de guarda de criança ou adolescente que não a guarda unilateral e a guarda compartilhada”. Mas, apesar de não encontrar respaldo na legislação brasileira, devemos citá-la haja vista que é moderadamente adotada em casos pontuais.

Diante da definição é possível fazer um paralelo da guarda alternada com a guarda unilateral, visto que, por certo espaço de tempo, apenas um dos pais exerce a guarda sobre o filho, alternando-se entre eles tal responsabilidade. Desta maneira, apesar de a guarda não ser de apenas um o tempo todo, também não é compartilhada entre os genitores.

Apesar de aplicável em casos concretos específicos, a doutrina tem se mostrado fortemente contra a adoção desta modalidade, por entender que se trata do reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança.

**3.1.4- Guarda provisória-** é uma guarda, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, que concede temporariamente a custódia da criança, em caso de adoção, para adaptação ou ambientação desta à nova família.

**3.1.5- Guarda para fins previdenciários-** em situação de urgência, na qual ainda não se definiu quem irá ser o detentor definitivo da guarda,

será definida uma pessoa para deter a guarda provisoriamente para prover os alimentos necessários à criança.

**3.2- Alienação parental-** é o ato de programar o filho para que odeie o outro genitor ou seus parentes. A conduta do alienante é influenciar o menor para, de maneira infundada, desgastar ou macular a imagem do outro genitor ou seus parentes perante ele.

Poderá ocorrer que o genitor que detenha a guarda manifeste ressentimentos ou mágoas decorrentes da relação desfeita e passe a fazer uma verdadeira campanha com a finalidade de desmoralizar o outro e até mesmo de impedir a convivência daquele com os filhos comuns. Tal comportamento é denominado Síndrome de Alienação Parental, nas palavras de Fabiano A. Hueb de Menezes.

A alienação parental é um ilícito civil. Prevista na lei 12.318/ 2010, impõem varias consequências ou punições ao alienante, haja vista que o ato de alienar parentalmente o menor constitui violação dos direitos da criança e do adolescente.

Quando detectado algum indicio da ocorrência, ou até mesmo tentativa da alienação parental, o juiz a requerimento ou de ofício, ouvirá o Ministério Público, como parte e não como “custos Legis”, e adotará alguma das medidas provisórias antes mesmo da perícia, que ocorrerá no prazo de 90 dias. As medidas contra a alienação parental estão previstas no Art. 6º da referida lei, que assim dispõe:

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

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



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

#### **4- Extinção e suspensão do poder familiar-**

A extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial.

A extinção está prevista no Art. 1.635 do Código Civil que assim dispõe:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

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

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

No inciso I temos que com a morte dos pais extingue-se o poder familiar, já que desaparecem os titulares dos direitos. Ainda quanto ao inciso I, no tocante a morte do filho, a emancipação, tratada no inciso II e a maioridade do inciso III, nota-se que são incisos que fazem desaparecer a razão do instituto, que é a proteção do filho menor.

A adoção extingue o poder familiar na pessoa do pai natural, transferindo-o ao adotante. Assim, é causa de extinção e de aquisição do poder familiar.

O último inciso trata das decisões judiciais, fundamentadas no artigo 1.638 do mesmo diploma legal, que preceitua que: "perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente".

A perda é permanente, mas não pode dizer que seja definitiva, já que os pais podem, através de procedimento judicial, recuperá-la, desde que provem que a causa que ensejou a perda não mais exista. É imperativa e abrange todos os filhos, já que as causas de extinção são bastante graves, colocando em risco toda a prole.

Quanto à suspensão, o código traz as seguintes hipóteses, previstas no artigo 1.637, do Código Civil, que diz o seguinte:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único - Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A suspensão é temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Cessada a causa que a motivou, volta a mãe, ou o pai, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar, pois a sua modificação ou suspensão deixa intacto o direito como tal, excluindo apenas o exercício.

A suspensão pode ser total, envolvendo todos os poderes inerentes ao poder familiar, ou parcial, especificando qual poder estará impedido de ser exercido. Ainda, a suspensão é facultativa e pode referir-se unicamente a determinado filho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALMEIDA, Renata B.; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. *A substância da tragédia: literatura, Direito e psicanálise*. Ver. Dir. Psic., Curitiba, v.2, n.1, p.23-36, jan/jun.2009.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. por Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hermes, 1975.
- CRUZ, R. M; MACIEL, S. K; RAMIREZ, D. C. *O trabalho do psicólogo no campo jurídico*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ERBES, V. do N. *Homoafetivos e adoção: uma relação possível?* 2010. Monografia (Curso de Especialização em Psicologia Jurídica) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida. In: Revista Persona, *Revista Eletrônica de Derechos Rexistenciales*, Argentina, n 9, set. 2002, disponível em <<http://www.revistapersona.com.ar/9-farias.htm>>. Acesso em 04 set 2011
- FIGUEIREDO, L. C. *Adoção para homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2007.
- FIUZA, César. *Direito civil – curso completo*. 12. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008
- GIDDENS, A. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Ed. UNESP, 1993.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 88, dez. 2002, p. 244.
- GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) Afeto, ética, família e o novo código civil. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- GUIMARÃES, N. V. de O.; AMARAL, A. C. Famílias com filhos de casamentos anteriores. In: OSÓRIO, L. C.; DO VALLE, M. E. P. *Manual de terapia familiar*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n.24, jun/jul., 2004, p. 08.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002, 384 p.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p 244.