

Do casamento

Euclides de Oliveira

Juiz aposentado do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Prof. de Direito Civil do Complexo Judiciário Damásio de Jesus. Advogado em São Paulo

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Prof^a do Departamento de Direito Civil da USP. Procuradora Federal aposentada

1. O casamento no novo Código Civil
2. Casamento: conceituação
3. Igualdade de direitos entre marido e mulher
4. Espécies de casamento
5. Capacidade matrimonial
6. Impedimentos matrimoniais
7. Causas suspensivas
8. Habilitação matrimonial
9. Celebração do casamento
10. Provas do casamento.

1. O CASAMENTO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Em matéria de casamento, especificamente, o Projeto de Código Civil (1975) já havia espelhado as seguintes inovações, principalmente consideradas: incluiu o divórcio entre as causas terminativas da sociedade conjugal; atribuiu a direção da sociedade conjugal, em colaboração, ao homem e à mulher; estabeleceu o regime legal da comunhão parcial de bens; instituiu o regime de participação final nos aqüestos.

O Livro IV do novo Código Civil cuida do Direito de Família em quatro títulos que se estendem pelos artigos 1.511 a 1.783, sob as rubricas "Do Direito Pessoal", "Do Direito Patrimonial", "Da União Estável" e "Da Tutela e da Curatela".¹

Como Subtítulo I do Direito Pessoal, figura o casamento, com subdivisão em Capítulos. O atual Código também inicia com o capítulo sobre casamento a abertura do Livro II, Direito de Família. São diversas e relevantes, porém, as mudanças de conteúdo trazidas pelo novo Código Civil nesse capítulo, destacando-se as seguintes: a) o casamento estabelece comunhão de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511); b) gratuidade da celebração do casamento e, com relação à pessoa pobre, também da habilitação, do registro e da primeira certidão (art. 1.512); c) facilitação do registro civil do casamento religioso (art. 1.516); d) redução da capacidade matrimonial do homem para 16 anos (art. 1.517); e) redução dos impedimentos matrimoniais, catalogando

apenas os dirimentes absolutos (art. 1.521); f) causas *suspensivas* do casamento, em lugar dos antigos impedimentos impedientes ou meramente proibitivos (art. 1.523); g) exigência de homologação da habilitação matrimonial pelo juiz (art. 1.526); h) casamento por procuração mediante instrumento público, com validade restrita a 90 dias (art. 1.542); i) desaparecimento da figura do *chefe de família*, em decorrência da igualdade dos cônjuges, aos quais compete a direção da sociedade conjugal (arts. 1.565 e 1.567); j) possibilidade de adoção do sobrenome do outro por qualquer dos nubentes (art. 1.565, § 1º).

2. CASAMENTO: CONCEITUAÇÃO

Do dispositivo inaugural do Livro Especial destinado ao Direito de Família, artigo 1.511, extrai-se uma conceituação do casamento pelo efeito que se lhe reconhece: *o de estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. In verbis*, pois, o legislador expressamente define o que seja casamento e quais são, intrinsecamente, os seus pressupostos de existência e de validade.

Em consonância com a previsão constitucional, o legislador trouxe à colação a igualdade no âmbito do Direito de Família, entre o homem e a mulher, igualdade esta que - embora amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência, mesmo desde antes da inserção expressa no texto constitucional - merecia mesmo integrar o Código Civil e, conseqüentemente, o Direito de Família.

Portanto, não parecem restar mais quaisquer dúvidas acerca da igualdade dos cônjuges em tudo o que diga respeito à família, ficando, agora, completamente sem sentido o antigo *tabu*, positivamente legislado, de que *o marido é o chefe da sociedade conjugal*, conforme ditou o artigo 233 do Código Civil de 1916.

Como complemento, tem-se a norma protetiva do artigo 1.513 a declarar que *é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*.

Os referidos textos se conjugam em solene afirmação da união legal que se realiza por meio do casamento, para constituição de família em plano igualitário, com integral proteção do Estado a esta forma de vida em comum, adotada por marido e mulher.²

Sobre a vedação legal da interferência de terceiros nessa comunhão de vida, parece que - não obstante a justeza da norma proibitiva - se afigura, a norma, desnecessária ou pleonástica, diante de todo o conjunto de regras atinentes ao casamento e seus efeitos jurídicos com relação às partes, dando inteira segurança ao ente familiar. Por outro lado, se o preceito fosse necessário, então não poderia se restringir às pessoas de direito público ou privado, mas a todas as pessoas, sejam naturais ou jurídicas, sem tal incompreensível limitação.

Ainda em complemento à conceituação jurídica do casamento, dispõe o novo Código Civil, no art. 1.565, que, por meio dele, *homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.*

Referida norma, que se encontra no capítulo sobre *a eficácia do casamento*, revoga por inteiro a vetusta classificação distintiva dos direitos do marido e da mulher, contida nos artigos 233 a 255 do atual Código Civil, disposições estas que constituem extenso rol de discriminações entre os cônjuges e que, por serem conflitantes com o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, artigo 226, § 5º, consideram-se não recepcionadas e não mais vigentes em nosso sistema jurídico.

Outrossim, menciona, ainda, o referido artigo 1.511 do novo Código que o casamento estabelece uma *comunhão plena de vida*. Ora, é bem provável que esta inserção da finalidade do casamento no novo texto legal poderá, quiçá, emoldurar, *contrario sensu*, uma hipótese de causa para a ruptura da sociedade conjugal, naqueles casos em que pudesse restar comprovado que a comunhão existente entre os cônjuges já não é mais plena, mormente quanto ao aspecto espiritual do casamento.

Não parece ser improvável, enfim, que esta menção expressa do legislador acerca da finalidade do casamento, quanto aos cônjuges, corra a favor da possibilidade de decretação de futuras separações judiciais, tendo por fundamento a tão alardeada *incompatibilidade de gênios*, já que - ao que parece, pelo menos num primeiro momento - seria possível, provando que já não há comunhão plena de vida (como, por exemplo, o fato de um dos cônjuges desprezar totalmente os interesses e anseios do outro) obter a separação, independentemente da prova da *culpa*, pela falência do casamento.

O fundamento legal específico, a admitir esta ilação de raciocínio, encontra-se no parágrafo único do artigo 1.573 do novo Código, já que, além das hipóteses mencionadas nos incisos I a VI do referido

artigo, e que caracterizam a impossibilidade da comunhão de vida, o *juiz poderá considerar outros fatos que a tornem evidente*. Assim sendo, poderá ocorrer que a cabal demonstração de que já não há plena comunhão de vida entre os cônjuges constitua fato a ser considerado pelo juiz, que poderá decretar a separação judicial.

O novo Código Civil - enfim, e por todas estas nuances - parece tornar mais *humano* o casamento, respeitando a experiência vivida pela família brasileira durante o período de vigência da Lei Civil de 1916.

3. IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE MARIDO E MULHER

A tônica do novo Código é a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, por isso que o artigo 1.567 estabelece que compete a

ambos a direção da sociedade conjugal, em mútua colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos. Em caso de eventual divergência, não mais prevalece a vontade do homem, sendo facultado a qualquer dos cônjuges recorrer à solução judicial.

Nesta igualação de direitos, se permite a ambos os nubentes, querendo, acrescentar ao seu o sobrenome do outro (parágrafo único do art. 1.565), diversamente do que consta do parágrafo único do artigo 240 do atual Código, o qual faz menção ao acréscimo do apelido marital como privilégio da mulher.³

A regra isonômica tem respaldo em solene disposição da Constituição Federal de 1988, conforme expresso em seu artigo 226, § 5º. É a consagração da igualdade no plano familiar, em reforço à vedação constitucional de qualquer espécie de preconceito (art. 3º, inciso IV) e aos direitos fundamentais cuidados no artigo 5º, *caput*, e seu inciso I.

Soam arcaicos, por isso, certos dispositivos de nosso atual Código Civil fazendo menção à família legítima e ilegítima e discriminando os filhos pela sua origem, por não serem os pais casados ou por estarem impedidos em razão de outro casamento ou de parentesco.

A inovação foi consequência das notáveis transformações operadas no próprio conceito de família. Outro passou a ser o tratamento jurídico conferido às pessoas que compõem este agrupamento humano. Antes, só havia família legítima pelo casamento. Fora desse modelo oficial, a união era considerada irregular e ilegítimos eram os filhos daí resultantes. Agora, por força do disposto no artigo 226 e §§ da nova Carta, admite-se como entidade familiar, ao lado do casamento, a união estável entre homem e mulher, que veio a ser regulamentada por leis próprias (n. 8.971/94 e n. 9.278/96), com o estabelecimento de novos direitos aos companheiros. Acrescente-se, ainda, como espécie de *família natural*, digna de proteção do Estado, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Consideram-se como não recepcionados pelo texto da Lei Maior, com implícita revogação - e ainda com mais razão em face do que dispõe o novo Código Civil -, os artigos do atual Código que estabelecem distinções de tratamento entre o homem e a mulher. Não obstante a reforma procedida em 1962, pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121), ainda persistem normas restritivas aos direitos da mulher, exigindo sua releitura em face do novo sistema jurídico implantado no país.

Já não se pode falar no homem como *chefe da sociedade conjugal*, e na mulher como simples *colaboradora, companheira, e consorte* (arts. 233 e 240 do Código Civil vigente). Também não mais prevalece a posição privilegiada do pai no exercício do pátrio-poder (artigo 380 do atual Código, de resto alterado pelo artigo 21 da Lei n. 8.069/90), ou na outorga de emancipação aos filhos (art. 9º, inciso I, do Código atual). Nem se pode discriminar a mulher

deflorada, para fins de anulação do casamento (art. 219, IV) ou se considerar a *desonestidade da* filha que vive na casa paterna, para fins de deserdação (art. 1.744, inciso III, do Código de 1916). Entendemos que tampouco subsiste o privilégio da mulher no tocante à propriedade exclusiva dos bens reservados (art. 246 do Código Civil atual) ou ao foro de seu domicílio nas ações de estado (art. 100, I, do Código de Processo Civil), não obstante as divergências que o tema suscita.⁴

De outra parte, já não se prioriza necessariamente a mãe, na guarda dos filhos, quando ambos os cônjuges forem responsáveis pela separação (art. 10, § 1º, da Lei n. 6.515/77). Neste aspecto, bem assevera o novo Código Civil, em seu artigo 1.584, que, não havendo acordo entre as partes, a guarda dos filhos será atribuída a *quem revelar melhores condições para exercê-la*, seja o pai ou a mãe, ou mesmo terceira pessoa que se mostre em melhor situação de desempenhar aquele encargo.

Ao explicitar os deveres conjugais, o novo Código Civil restringe-se aos deveres mútuos, isto é, que competem tanto ao marido quanto à mulher. Seu artigo 1.566 repete os dispositivos do atual Código (art. 231), e enumera os deveres *de fidelidade recíproca, vida em comum, assistência e sustento, guarda e educação dos filhos*; mas acrescenta o dever de *respeito e consideração mútuos*, como prevê a Lei n. 9.278/96 com relação aos conviventes em união estável. O acréscimo talvez se revele demasiado, mas tem a sua utilidade por ressaltar a consideração e o respeito que se devem os cônjuges no exercício da comunhão de vida familiar, afastando, por conseqüência, as condutas inadequadas de ofensas físicas ou morais que a doutrina e a jurisprudência enquadram na configuração da sevícia e da injúria grave.

Cumpramos ressaltar, no entanto, que o conceito de igualdade, repisado com ênfase na Constituição e no novo Código Civil, há de ser interpretado em consonância com as naturais diferenças existentes entre homem e mulher. Bem o diz Rodrigo da Cunha Pereira, em acertada análise do exigível tratamento adequado e próprio a cada um dos cônjuges, em respeito às evidentes diferenças individuais, aqui realçadas pela diversidade de sexos, a fim de que se alcance efetiva igualação na aplicação do Direito. Sustenta o eminente advogado e jurista mineiro que, "para se pensar a cidadania, hoje, há que se substituir o discurso da igualdade pelo discurso da diferença", e que certas discriminações "são positivas, pois, constituem, na verdade, preceitos compensatórios como solução para superar as diferenças."⁵

Com efeito, não se pode levar ao extremo a idéia de tratamento jurídico uno, quando haja necessidade de acertamento individual das situações de cada qual, seja pessoalmente ou no concerto das relações familiares. Vale sintetizar com o bem encadeado jogo de palavras do grande Rui Barbosa: tratar

iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade.

O que se pretende evitar, com a regra da isonomia jurídica, é o tratamento diferente a pessoas que estejam em situação essencialmente igual. "Esta isonomia de tratamento jurídico é aquela que, em abstrato, permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. É também a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe ou de um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*."⁶

4. ESPÉCIES DE CASAMENTO

Desde que operada a separação entre Estado e Igreja, com o advento do regime republicano, nosso Direito admite as duas formas clássicas de casamento: civil e religioso com efeitos civis.

A sistemática foi mantida pela vigente Constituição Federal, art. 226, §§ 1º e 2º, com a previsão dos dois modos de união legal, que têm regulamentação específica na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73, arts. 70 a 75).

O atual Código Civil, no entanto, cuida apenas do casamento civil, deixando o casamento religioso para a lei registrária. O novo Código vem corrigir essa omissão ao estabelecer expressas disposições sobre o casamento religioso, nos artigos 1.515 e 1.516.

A validade civil do casamento religioso continua vinculada à exigência de sua inscrição no registro próprio, que é o Registro Civil das Pessoas Naturais, desde que atendida a providência da habilitação dos nubentes, antes ou depois da celebração religiosa.

O prazo para registro, que a Lei n. 6.015/73 limita a 30 dias, é aumentado, pelo novo Código Civil, para 90 dias, no caso de prévia habilitação. Mas, ainda depois desse prazo será possível o registro a qualquer tempo, desde que efetuada nova habilitação.

Da mesma forma, se o casamento religioso foi celebrado sem as formalidades da lei civil, poderá vir a ser inscrito no registro civil a qualquer tempo, bastando que se faça a devida habilitação perante a autoridade competente.

Deu-se, portanto, acertada valorização do casamento religioso, uma vez que podem ser admitidos os seus efeitos civis a qualquer tempo, desde que regularizado mediante habilitação dos contraentes e o devido registro. Note-se que os efeitos, ainda que tardio o registro, retroagem à data da celebração do casamento religioso.

O que prevalecerá se, no interstício entre a celebração e o registro do casamento religioso, vier um dos cônjuges a contrair com outrem

casamento civil? Haverá impedimento para o registro ou nulo será o registro, como prevê o novo Código Civil, no § 3º de seu artigo 1.516.

A gratuidade da celebração do casamento civil, preceito constitucional (art. 226, § 1º, última parte), repete-se no novo Código Civil. Seu artigo 1.512 dispõe a respeito e, no seu parágrafo único, estende igual benefício de isenção de custas para os procedimentos de habilitação, registro e primeira certidão de casamento, desde que se trate de pessoas cuja pobreza for declarada. A comprovação se faz pela mesma forma prevista na Lei n. 1.060/50, tocante à assistência judiciária gratuita, bastando que o próprio interessado firme declaração de falta de recursos.

Além das duas comentadas formas de casamento, outras podem ser lembradas como variações decorrentes da diferente forma de sua celebração ou dos efeitos jurídicos aplicáveis:

Casamento por procuração: exige o artigo 1.542 do novo Código Civil, que a outorga se dê por instrumento público, com poderes

especiais, valendo pelo prazo de 90 dias. Para a revogação do mandato também se demanda instrumento público. Se a revogação não chegar ao conhecimento do mandatário, realizando-se o ato nupcial, responderá o mandante por perdas e danos. A hipótese é de casamento anulável, desde que não sobrevenha coabitação entre os cônjuges, conforme estatui o artigo 1.550, V, do novo Código Civil, em contraponto à omissão do atual Código, que se limita a disposição genérica sobre o casamento por procuração, em redação ambígua, do artigo 201, que parece indevidamente restringir essa outorga a um só dos nubentes.

Casamento nuncupativo: sobre esta forma extraordinária de celebração em iminente risco de vida de algum dos contraentes, dispõem os artigos 1.540 e 1.541 do novo Código Civil, de forma mais clara que o atual Código, que trata do tema nos artigos 199, II, parágrafo único, e 200. Permanece a exigência de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau. Afigura-se excessivo o número de testemunhas, o que, certamente, contribui para a dificuldade do casamento *in extremis*, que se constitui em raríssima ocorrência. O prazo para confirmação do casamento perante a autoridade judicial se dilata, no novo Código, dos 5 dias previstos no atual, para 10 dias. Dispensam-se as formalidades da confirmação testemunhal se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro. Note-se que o assento de casamento, em qualquer hipótese, retrotrairá seus efeitos, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração. Já não se fala mais na retroação com respeito aos filhos, de que trata o artigo 200, § 2º, do atual Código, porque se encontra desnaturada esta discriminação, ante a proclamada igualdade de todos os filhos, não importando a sua origem, se decorrente ou não de casamento dos pais.

Casamento putativo: previsto no capítulo da *invalidade do casamento*, art. 1.561 do novo Código Civil, de redação assemelhada ao artigo 221 do atual Código, com a alteração trazida pelo artigo 14, parágrafo único, da Lei n. 6.515/77. Trata-se do casamento nulo ou anulável, porém contraído de boa-fé por um ou por ambos os cônjuges. Produz efeitos para o cônjuge de boa-fé até o dia da sentença anulatória. Com relação aos filhos comuns, os efeitos subsistirão sempre, independentemente da boa-fé dos genitores.

Casamento consular: é aquele celebrado por brasileiro no estrangeiro, perante autoridade consular brasileira, conforme previsto no atual Código Civil, artigo 204, parágrafo único, e na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 18. O artigo 1.544 do novo Código Civil dispõe que esta espécie de casamento deve ser submetida a registro em cartório, no Brasil, no prazo de 180 dias, a contar da volta de um ou ambos os cônjuges ao país. A mesma exigência se aplica ao casamento de brasileiro ou de estrangeiro realizado fora do país, de acordo com as leis locais.

Falta mencionar a *conversão da união estável em casamento*. Dela não cuida o novo Código Civil, no capítulo em comento. Mas está no seu Título III, relativo à União Estável, assim redigido o artigo 1.725: "A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil."

Deu-se um complicador, que é o pedido ao juiz, quando a atual Lei da União Estável, Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, no seu artigo 8º, contenta-se com o requerimento de conversão, formulado pelos conviventes, ao Oficial de Registro Civil.

Ora, prevê a Constituição Federal, na parte final do seu art. 226, § 3.º, que a lei *deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, ou seja, estabelecer modos mais ágeis de se alcançar semelhante propósito, o que, certamente, não se coaduna com o formalismo de petição ao juiz.*

Se já era de pouco uso, a conversão, agora, então, se torna ainda menos frutuosa, pela exigência do incursionamento ao Judiciário. Mas fácil será simplesmente casar, com as formalidades do casamento civil comum, mesmo porque a conversão da união estável em casamento não produz efeitos pretéritos, valendo apenas a partir da data em que se realiza o ato de seu registro.

5. CAPACIDADE MATRIMONIAL

Em capítulo próprio, o novo Código Civil trata da capacidade matrimonial, ajustando em 16 anos a chamada idade núbil, tanto para o homem como para a mulher.

Houve, portanto, e ainda aqui, a equiparação entre o homem e a mulher (art. 1.520), enquanto o Código de 1916 estipulava, como idade para casar, a de 16 para as mulheres e a de 18 para os homens (art. 183, inciso XII).

Exige-se a autorização dos pais ou dos representantes legais dos nubentes (art. 1.517), quando não atingida a maioridade civil, que o novo Código rebaixa de 21 para 18 anos (art. 5º).

A denegação do consentimento, quando injusta, poderá ser suprida pelo juiz. Corrige-se, neste aspecto, a errônea do atual Código, art. 186, que dá preferência à vontade paterna, em caso de discordância dos pais do menor, ou à vontade do guardião, na hipótese de casal separado ou divorciado. Como se vê, uma vez mais a igualdade entre o homem e a mulher fica reafirmada. O novo Código faz uma expressa referência, em havendo divergência entre os pais quanto ao exercício do poder familiar, assegurando a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (art. 1.631).

O assunto relativo à capacidade matrimonial situa-se, no atual Código Civil, no rol de impedimentos dirimentes relativos do artigo 183, XII. Aí se distinguem os pisos etários para casamento de 16 anos para a mulher e de 18 para o homem.

O que parece justificar as diferenças de idade nupcial no atual Código seria a circunstância de achar-se, a mulher, em condição de precocidade relativamente ao homem, quanto ao seu amadurecimento físico-psicológico e à capacidade procriativa. Esse fundamento, no entanto, além de questionável diante da variedade dos casos concretos, choca-se com outros dispositivos de nosso ordenamento jurídico que estabelecem tratamento igualitário a homem e mulher no que respeita à sua idade. Constituem exemplos a plena capacidade civil aos 18 anos (previsão do novo Código Civil, art. 5º, rebaixando o limite de 21 anos previsto no atual Código), a imputação penal também aos 18 anos, incapacidade absoluta até os 16 anos e relativa entre 16 a 18 anos, capacidade para fazer testamentos e ainda para votar aos 16 anos etc.

Bem andou o legislador, portanto, em assentar para fins de casamento o mesmo tratamento objetivo sem distinção de idade pelo sexo dos nubentes.

Excepcionalmente, admite-se o casamento de menores de 16 anos. O artigo 1.520 do novo Código Civil, repetindo a regra do artigo 215 do Código atual, dispõe que o casamento será permitido para *evitar imposição ou cumprimento de pena criminal*. A redação, em exegese estrita, limitaria a exceção para os casos em que um dos nubentes seja penalmente imputável, o que significa ser maior de 18 anos. Então, cometendo delito contra os costumes, poderia eximir-se da imposição ou da pena criminal pelo fator extintivo decorrente do casamento. Essa não tem sido, porém, a dominante orientação doutrinária e jurisprudencial. Em vez disso, tem-se admitido que, mesmo cometido ato tido como infracional por um menor de 18 anos, poderia haver autorização para o casamento a fim de evitar a imposição ou o cumprimento de medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Melhor atenderia a esse posicionamento uma redação diversa do

novo Código Civil, a estabelecer que a exceção para o casamento de menores de 16 anos pudesse aplicar-se também àquelas situações de cometimento de atos qualificados como infração pelo estatuto menorista.

Outra possibilidade de autorização para o casamento precoce, de menores de 16 anos, dá-se no caso de gravidez da mulher, conforme a parte final do citado artigo 1.520 do Código Civil. Prescinde-se, nessa hipótese, de eventual cometimento de crime. A gravidez poderia resultar de relacionamento sexual consentido. Ou mesmo de inseminação artificial autorizada pelo nubente. Justifica-se, nesse caso, antecipar a capacidade matrimonial, para proteção da prole vindoura. Note-se que a situação de gravidez da mulher, mesmo que casada sem autorização judicial, constitui fato obstativo da anulação do casamento por motivo de idade, conforme estabelece o artigo 1.551 do novo Código, em repetição do que dispõe o artigo 215 do Código atual.

A lei não menciona a hipótese de defloramento como causa para antecipação da idade núbil. Mas é de ver que, em determinadas circunstâncias, esse fato pode enquadrar-se em tipificação delituosa (como em hipóteses de estupro, corrupção de menor, sedução), possibilitando, em razão disso, a autorização judicial de casamento para o menor de 16 anos a fim de eximi-lo da responsabilização penal, conforme o permissivo genérico do comentado artigo 1.520.

Diferentemente do Código em vigor (art. 214, parágrafo único), a nova Lei Civil não contempla a possibilidade de determinação, pelo juiz, da separação de corpos dos cônjuges até que atinjam idade legal, nessas hipóteses em que o casamento foi celebrado em face do estado de gravidez da mulher menor de 16 anos ou para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal.

6. IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Restringem-se a sete os impedimentos matrimoniais previstos no novo Código Civil, art. 1.521. São todos de caráter absoluto. Será nulo o casamento celebrado com infração a quaisquer desses impedimentos (art. 1.548, II).

É bem diversa a enumeração do atual Código Civil, que se estende em nada menos que 16 causas impeditivas do casamento. O rol se acha no artigo 183, sendo classificado, por sua gravidade e efeitos jurídicos, em: a) dirimentes absolutos (incisos I a VIII), que geram nulidade do casamento; b) dirimentes relativos (incisos IX a XII), que geram anulabilidade; c) impedimentos meramente proibitivos, impedientes ou precautórios (incisos XIII a XVI), com só penalidades civis aos contraentes (regime de separação obrigatória de bens e, em alguns casos, multa pecuniária).

No novo Código, consideram-se impedimentos apenas os fatos que efetivamente vedam a união civil pelo casamento, impossíveis de serem supridos ou sanados. Outras situações classificam-se à parte, como na hipótese

antes analisada de incapacidade matrimonial para os menores de 16 anos. Em casos de falta ou insuficiência de capacidade volitiva, a previsão do novo Código é de nulidade ou de anulação do casamento, dependendo da graduação do vício de vontade (arts. 1.548, I e 1.550, III e IV), comportando estudo no capítulo específico da *Invalidez do Casamento*.

Por fim, as quatro últimas hipóteses catalogadas no artigo 183 do atual Código Civil são tratadas, no novo Código, como *Causas Suspensivas*, que não impedem, mas afirmam que não devem casar-se as pessoas em determinadas circunstâncias temporárias.

Ao exame dos impedimentos previstos no artigo 1.521, incisos I a VII, do novo Código Civil, verifica-se que constitui uma quase integral repetição dos incisos I a VI e VIII, excluída a previsão do inciso VII, artigo 183, do atual Código. A catalogação abrange causas relativas a parentesco próximo (ascendentes com ascendentes e colaterais até o terceiro grau), afinidade na linha reta, adoção (o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante, e, ainda, o adotado com o filho do adotante), vigência de casamento anterior e crime de homicídio ou tentativa de homicídio contra um dos cônjuges.

No que respeita ao impedimento por parentesco, que se justifica por razões morais e eugênicas, quadra reparo à extensão, sem ressalvas, aos colaterais até o terceiro grau, abrangendo situações de tio e sobrinha, que, no sistema legal vigente, comporta exceção quando houver autorização judicial. Nesse sentido, dispõe o Decreto-lei n. 3.200/41, nos seus artigos 1º a 3º, suavizando a vedação contida no artigo 183, inciso IV, última parte, do atual Código. Melhor seria que permanecesse a referida exceção, não obstante a dicção do artigo 1.521, IV, do novo Código Civil, que bem poderia - para evitar desnecessários questionamentos - ter tratado com clareza desta válvula de escape à vedação taxativa de casamento entre colaterais de terceiro grau.

Noutro aspecto, andou bem o novel legislador em retirar todas as referências que o atual Código traz ao parentesco, ou à filiação legítima e ilegítima, assim corrigido o tratamento discriminatório que se acha proscrito por força do mandamento constitucional (art. 227, § 6.º, da Carta de 88).

O mesmo não se diga da referência aos adotivos, que permanecem com tratamento específico, nos incisos III e V do artigo 1.521 do novo Código, quando, na realidade, são simplesmente filhos, igualados aos naturais, ainda que decorrentes de vinculação civil. Por isso, não era preciso dizer que o adotante não pode casar-se com quem foi cônjuge do adotado, pois se configura, na hipótese, afinidade na linha reta que já tem previsão impeditiva no inciso II do mesmo dispositivo legal. Também desnecessária a menção a impedimentos entre o adotado e o filho do adotante, pela curial razão de que são simplesmente irmãos, por isso enquadráveis no inciso IV.

Não obstante esses reparos, cabe apontar correção no texto do referido inciso IV por não mais restringir o impedimento de casar-se, o adotado, com filho superveniente do adotante. Essa restrição encontra-se no artigo 183, inciso V, do atual Código, gerando absurdas interpretações no sentido de que haveria possibilidade de casamento entre o adotivo e filho preexistente do adotante, já que a dicção do texto legal só mencionava filho superveniente. Bem se vê o despautério de semelhante entendimento, que bate de frente com a regra geral do impedimento matrimonial entre irmãos. A explicação que se dá para o teor da redação do citado dispositivo é a de que, na época da elaboração do atual Código, não era permitida adoção por quem já tivesse filho, de tal sorte que o adotivo não poderia confrontar com filho preexistente. Deu-se modificação da lei da adoção, para afastar aquele tratamento restritivo, mas ficou o impedimento matrimonial mal redigido do questionado inciso V, agora sim corrigido pelo novo Código Civil.

As pessoas casadas, enquanto não sobrevier extinção do vínculo conjugal por morte, invalidez ou divórcio, acham-se naturalmente impedidas de contrair casamento por força de nosso regime monogâmico. Vale lembrar que, além de configurar ilícito civil, bigamia é crime (art. 235 do Código Penal).

Permanece o impedimento de casar-se o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (art. 1.521, inciso VII). Faltou esclarecer que a vedação subsiste apenas em hipótese de crime voluntário, doloso, como é de tranqüilo entendimento doutrinário, em correta exegese do que dispõe o atual Código, ao mencionar a figura do *delinqüente*. Demais disso, o novo Código mantém a expressão *cônjuge sobrevivente*, a significar que o impedimento terá lugar somente nos casos de viuvez, deixando em aberto a situação do cônjuge que venha a se divorciar após tentativa de morte do seu marido, livrando-se, então, do impedimento para casar-se com o autor daquele crime. As razões morais que justificam a restrição do direito ao sobrevivente deveriam estender-se, como é curial, igualmente ao cônjuge divorciado, naquelas circunstâncias.

Não mais prevê, o novo Código, o impedimento relativo ao casamento do cônjuge adúltero com o seu cúmplice por tal condenado, situação essa que o atual ordenamento elenca no rol de impedimentos absolutos (art. 183, inciso VII). Embora o adultério continue sendo grave infração do dever de fidelidade conjugal, e causa de separação litigiosa, o novo Código retirou aquela previsão de impedimento matrimonial, que não mais se justifica.

Desde o advento do divórcio, o romance não raramente iniciado por um dos cônjuges antes que dissolvido o casamento não impede as núpcias dos amantes. Demais disso, a tendência é excluir a própria figura penal do adultério, conforme anteprojeto de reforma da parte especial do estatuto repressivo. Uma vez que não se configure o crime, claro está que não haverá lugar para aplicação do

impedimento cuidado no vigente Código Civil, que pressupõe ocorrência de condenação criminal do cônjuge adúltero.

A oposição dos impedimentos - caso não verificados no procedimento de habilitação para o casamento - poderá ser feita até o momento da celebração, por qualquer pessoa capaz. Se ainda assim o casamento se realizar, ficará sujeito a decreto de invalidade, a qualquer tempo, por iniciativa de qualquer interessado ou pelo Ministério Público (art. 1.549, novo Código Civil).

7. CAUSAS SUSPENSIVAS

Fora do rol dos impedimentos matrimoniais, o novo Código Civil enumera, em seu art. 1.523, as chamadas *causas suspensivas*, que o atual Código, no art. 183, incisos XIII a XV, inclui nos impedimentos do tipo meramente impediante ou proibitório.

São determinadas circunstâncias que obstam à realização do casamento, mas podem deixar de ser aplicadas por autorização judicial, e, de qualquer forma, ainda que infringidas, não constituem motivo para invalidação do ato.

Na linguagem do novo Código, *não devem casar as* pessoas enquadradas naquelas situações, o que significa um comando de restrição menor que o impeditivo. O enquadramento se refere às seguintes pessoas: a) viúvo ou viúva com filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros - a finalidade é de cunho protetivo aos filhos do anterior casamento. A causa pode deixar de ser aplicada mediante autorização do juiz se o interessado provar a inexistência de prejuízo, como na hipótese de não haver bens a partilhar (inventário negativo); b) viúva ou mulher cujo casamento se desfez por nulidade ou anulação, até 10 meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal - objetiva-se evitar a *turbatio sanguinis*, pelo eventual nascimento de filho nesse período. Obviamente que não se aplica a causa suspensiva se provado o nascimento do filho, ou inexistência de gravidez; o dispositivo não menciona impedimento para casamento de mulher divorciada há menos de 10 meses pela simples razão de que o divórcio exige prazo mais dilatado que esse, seja por conversão da separação judicial (um ano) ou pela via direta (dois anos); c) o divorciado, enquanto não homologada ou decidida a partilha dos bens do casal. Pretende-se evitar questionamentos sobre os bens comuns na hipótese de novo casamento de um dos divorciados, em face do regime de bens adotado, mas não se aplica a causa se provada inexistência de prejuízo; d) o tutor ou curador e 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. A proteção, aqui, direciona-se aos menores ou incapazes que possuam bens suscetíveis de eventual cobiça dos seus representantes legais.

Constitui inovação a previsão específica de causa suspensiva de casamento para o divorciado, enquanto não efetuada a partilha dos bens do casal. De outra parte, como já comentado, bem andou o legislador em não ter previsto a situação da mulher divorciada no impedimento regulado no artigo 1.523, II, uma vez que o prazo de dez meses é superado pelo tempo exigido para decretação do divórcio.

Não consta do novo Código a vedação de casamento entre o juiz, o escrivão e seus parentes com órfão ou viúva de sua circunscrição, que o atual Código menciona, com exagerada cautela, no inciso XVI do artigo 183.

A arguição das causas suspensivas de celebração do matrimônio só se permite aos parentes em linha reta e aos colaterais em segundo grau de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins (art. 1.524 do novo Código). Deve ser feita por escrito e com as provas do fato alegado (art. 1.529 do novo Código), no curso do processo de habilitação.

Como conseqüência penalizadora do casamento celebrado com infração às referidas causas suspensivas, o novo Código Civil prevê, no capítulo do regime de bens, que se torna obrigatório o regime da separação, sem a comunhão dos aqüestos (art. 1.641, I). O atual Código também tem essa disposição penal (arts. 226 e 258, parágrafo único, I), além de outras que não constam do novo ordenamento.⁷

8. HABILITAÇÃO MATRIMONIAL

Como providência preliminar do casamento civil, tendo por finalidade a verificação da inexistência de impedimentos, faz-se necessário o processo de habilitação matrimonial, perante o oficial do Registro Civil do domicílio de um ou de ambos os contraentes.

O novo Código Civil cuida da habilitação nos artigos 1.525 a 1.532, repetindo, em linhas gerais, o procedimento previsto nos artigos 180 a 182 do atual Código e nos artigos 67 a 69 da Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos).

São mantidos os requisitos básicos de formulação de requerimento pelas partes, instruído com documentos pessoais e declaração de duas testemunhas, publicação de editais por 15 dias (prazo para oposição de impedimentos e de causas suspensivas), audiência do Ministério Público, homologação pelo juiz e expedição do certificado de habilitação com eficácia por 90 dias.

A novidade está na homologação judicial. No sistema ainda em vigor, basta a intervenção do Ministério Público, ficando a decisão judicial reservada aos casos de impugnação (oposição dos impedimentos) não aceita pelas partes. Fora dessa hipótese excepcional, quando a habilitação esteja em ordem, ou a impugnação seja atendida, não se vislumbra razão para que os autos se encaminhem ao juiz, com finalidade meramente homologatória. É providência

burocratizante que não se justifica diante das providências acautelatórias que parecem suficientes, em face da necessária e suficiente fiscalização exercida pelo oficial do Registro Civil e pelo órgão do Ministério Público. A menos que se entenda tenha, o novel legislador, referido-se ao juiz de casamentos ou juiz de paz. Mas também não seria função deste, que é típica e restrita aos atos de celebração do casamento.

9. CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

Constitui ato solene a celebração do casamento - com todo o rigor formal da lei, sob pena de inexistência do ato - salvo casos excepcionais de dispensa, no chamado casamento nuncupativo e na conversão da união estável em casamento.

Sem grandes alterações com relação ao atual Código Civil (arts. 192 a 201), o novo Código Civil cuida da celebração nos artigos 1.533 a 1.542, com indicação das formalidades: realização na casa das audiências (cartório), ou em edifício particular, a portas abertas, sob a presidência da autoridade (juiz de casamentos, ou juiz de paz), presentes os contraentes (por si ou por procurador com poderes especiais) e duas testemunhas. Ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, o celebrante declarará efetuado o casamento com as palavras rituais de praxe.

Lavrar-se-á, em seguida à celebração, o assento no livro de casamentos, devendo ser assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, por testemunhas e pelo oficial de registro. Constarão os dados pessoais dos casados, dos seus pais e de testemunhas, além de outros dados relativos à habilitação e ao regime de bens adotado no casamento (art. 1.536). Aí não se consigna, mas também se faz necessário anotar no registro o nome adotado pelos cônjuges em caso de eventual adoção do sobrenome do outro (agora permitido também ao cônjuge varão), como está previsto na Lei n. 6.015/73 (art. 70, inciso 8.º). Mas já não cabe referência a eventuais filhos havidos anteriormente, nesse ponto revogado o inciso 9.º da mesma Lei, ante a isonomia consagrada pela Constituição em seu artigo 227, § 6.º.

Em que momento se consuma a realização do casamento? Poder-se-ia questionar a respeito, no vigente ordenamento legal, com respostas que derivam da manifestação de vontade dos contraentes, ou da declaração feita pelo celebrante, como, ainda, do subsequente ato registrário. A celeuma tem sido resolvida doutrinariamente pela segunda alternativa e agora se confirma por expressa disposição do novo Código Civil, art. 1.514: "O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo matrimonial, e o juiz os declara casados." Não basta, portanto, a mera declaração de vontade dos contraentes, mesmo porque podem arrepender-se ou sofrer oposição de impedimento (art. 1.522). Também não se

protrai a eficácia do ato para a solenidade do registro, que serve apenas como meio de prova do casamento (art. 1.543 do novo Código).

Com pequenas alterações sobre disposições ainda vigentes, cuida o novo Código Civil do casamento nuncupativo (arts. 1.540 e 1.541) e do casamento por procuração (art. 1.542).

10. PROVAS DO CASAMENTO

Ato jurídico que é, o casamento está sujeito à comprovação, evidenciando-se, de forma rigorosa, a sua existência.

O sistema de prova instituído pelo legislador do novo Código, assim como já era no Código vigente (arts. 202 a 206), é o da prova pré-constituída. Sem inovar de modo significativo, o novo Código Civil trata a matéria entre os artigos 1.543 a 1.547. Mantém, como regra fundamental (art. 1.543, *caput*), a prova que se faz especificamente pela certidão do registro, mas não alude à referência limitativa do artigo 202, parte final, do Código vigente, em que se acrescenta que seja o registro *feito ao tempo da celebração*. A alteração de texto faz sentido em face das diferenças entre o casamento civil, que é registrado logo em seguida à celebração, e o casamento religioso, que poderá ter sua inscrição registrária a qualquer tempo.

Igual prova, de natureza registral, exige-se do brasileiro casado no estrangeiro, perante a autoridade consular do Brasil. O cidadão brasileiro que resida no exterior tem a opção de se casar conforme a lei brasileira, fazendo-o perante as respectivas autoridades consulares; ou tem a opção de se casar simplesmente conforme a lei estrangeira.

Se a opção for a de casar perante agente diplomático brasileiro, dispõe o artigo 1.544 do novo Código que a certidão consular deverá ser registrada no prazo de 180 dias a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil. O registro será feito no cartório do domicílio dos nubentes ou, se não tiverem domicílio certo, no 1º Ofício da Capital onde passarem a residir. Essa disposição do novo Código abarca o parágrafo único do artigo 204 do Código atual, com omissão da cabeça deste artigo, que cuida do casamento no estrangeiro, a provar-se de acordo com a lei do país onde celebrado. Não se justifica a omissão do novo Código a esse respeito, muito embora prevaleça para a hipótese a regra civilística geral de que a lei do país onde está domiciliada a pessoa determina as regras gerais sobre direito de família (art. 7º da atual Lei de Introdução ao Código Civil). Para validade no Brasil, vindo o casal estrangeiro a fixar residência em nosso país, será necessário o registro da certidão do casamento realizado fora, com a devida tradução e a autenticação pelo agente consular brasileiro, conforme dispõe a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73, art. 32).

Embora o meio probatório fundamental do casamento - a prova registral - indicado no art. 1.543, *caput*, seja aquele essencialmente destinado a

comprovar a existência do casamento, a ausência do registro não impedirá que se possa comprová-lo. Justificada a falta do registro de casamento, por perda ou extravio, admite-se qualquer outro meio de prova (art. 1.543, parágrafo único, do novo Código Civil, e art. 202, parágrafo único, do atual). Não se trata, por óbvio, da simples perda da certidão, que há de ser substituída por segunda via, mas sim de desaparecimento do próprio registro, seja do livro ou do cartório onde efetuado o lançamento. A comprovação subsidiária faz-se por documentos hábeis, tais como passaporte, carteira de trabalho, averbação feita em registro de nascimento etc., em processo de justificação judicial.

O artigo 1.545 do novo Código traz, ampliada, a mesma regra que já se continha no artigo 203 do Código em vigor, e diz respeito a uma especial situação de excepcionalidade quanto aos meios de comprovação do casamento, uma vez que a existência do casamento estará na dependência da prova *da posse do estado de casados*. Essa é a situação de duas pessoas que vivem publicamente - e assim são consideradas pela sociedade - como marido e mulher.

Não se trata de conferir o *status de* casamento a circunstâncias de mera convivência ou coabitação, ainda que haja filhos; mas trata-se de buscar a indução à existência de casamento mesmo, o qual não possa ser provado por certidão do registro. Vale dizer: a posse do estado de casado, por si só, *não equivale* a casamento. É uma situação de fato, de vivência *more uxorio*, que serve como *prova de casamento que tenha sido efetivamente celebrado*. Sem esse antecedente, a mera situação fática da posse do estado de casado seria, eventualmente, uma união estável, nos moldes da legislação específica posterior à Constituição Federal de 1988 (Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96), com chance de converter-se em casamento a pedido das partes, conforme também admite o novo Código Civil (art. 1.726). No entanto, seus efeitos jurídicos, como casamento, somente seriam reconhecidos a partir do momento em que foi efetivada a conversão.

A posse do estado de casados, portanto, servirá como *prova de casamento*, na falta de registro ou de outro documento hábil. Pelas normas do Código vigente, essa prova somente é possível: a) em favor dos filhos de pessoas falecidas na posse do estado de casadas, não podendo o casamento ser contestado, salvo mediante certidão de registro civil que comprove que já era casada uma das pessoas quando contraiu o casamento impugnado (art. 203); ou b) para dirimir dúvidas entre as provas pró e contra, julgando-se em favor do casamento impugnado se as pessoas viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casadas (art. 205).

A intenção do legislador do sistema atual, assim como a do legislador do novo Código é sempre a de proteger o casamento, pela prova da posse do estado de casados - em casos de impossibilidade material de sua prova - em benefício da prole comum aos cônjuges. Esta proteção conferida pelo legislador

de 1916, e confirmada pela nova Lei Civil na verdade, uma *presunção* de casamento - só pode ser afastada por rigorosa impugnação, em face da existência de casamento anterior.

Assim, não logrará prosperar este tipo de prova se for exibida a certidão de casamento de qualquer deles com outra pessoa, casamento este anterior ao impugnado.

É importante lembrar que o Código Civil recém, aprovado, relativamente a esta *presunção* de casamento pela *posse do estado de casados*, caminhou além da singela hipótese de falecimento dos cônjuges. Admite, também, que se faça tal prova (presumindo a existência de casamento) para pessoas que *não possam manifestar vontade*, o que abrange os incapazes (art. 3º), naturalmente representados por curador.

Os requisitos *da posse do estado de casados* são trasladados, em construção paralela, da posse das coisas, e constituem a famosa trilogia: *tratactus* (que consiste na atitude do homem e da mulher de se tratarem, em público e ostensivamente, como marido e mulher), fama (que consiste no trato afeiçoado à notoriedade, e que levam todos a desenvolver, para com essas pessoas, as mesmas atitudes e consideração que dedicam às pessoas casadas, inspirando a boa-fé de todos) e *nomen* (que consiste na exibição, pela mulher, do nome do marido, cuja adição não é obrigatória, mas conta a favor da prova).

O artigo 1.547 do novo Código (com idêntica redação do artigo 206 do Código em vigor) estabelece que "na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados". Trata-se da *presunção in dubio pro matrimonio*, mantida pelo novel legislador.

A melhor doutrina tem sempre advertido que este meio de prova não deve ser utilizado nos casos em que se litiga sobre a validade do casamento. A *presunção - in dubio pro matrimonio* - só pode ser invocada para dirimir a incerteza, se ocorreu, ou não, o ato de celebração do casamento. Assim, a alegada a posse do estado de casados serve para se provar a *existência* do casamento, nunca para convalescer vício que o *invalida*.

O artigo 1.546 do novo Código guarda consonância com a expressão do artigo 205 do Código atual e determina que quando a prova da celebração legal do casamento resultar de processo judicial, a inscrição da sentença no livro do Registro Civil produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que respeita aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento.

Trata-se de casamento, cuja prova de existência decorre de sentença proferida em processo judicial movido exatamente para esse fim. Esta sentença deve ser inscrita no Registro Civil, com a observação de que os efeitos retroagem à data do casamento.

(in, *Direito de Família e o Novo Código Civil*, Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, págs. 9/33)

¹ Observa-se impropriedade no destaque da União Estável, quando deveria ser um dos capítulos do "Direito Pessoal", eis que forma acrescida de constituição da entidade familiar, em parêntese ao casamento. Talvez explique (embora não justifique) esse tratamento diferenciado o fato de a União Estável não constar do projeto original, só vindo a merecer acolhida no novo Código a partir das reformas aprovadas no Senado Federal, quando se deu sua alocação na parte final do texto anteriormente elaborado.

² Longe vai o conceito romanístico de casamento como sendo *conjuuctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divinae et humanae juris comunicatio*. A união de marido e mulher pelo casamento, na hodierna acepção de nosso direito, perdeu as características de indissolúvel e sacramental, uma vez que legalizado o divórcio e adotada a forma civil de união, ainda que se admita o registro do casamento religioso para efeitos civis.

³ Nos termos da lei vigente, esse direito ao nome do cônjuge seria direito exclusivo da mulher casada. Mas subsistem entendimentos no sentido de que, em havendo justificada razão, inverta-se o posicionamento, sendo o homem a adotar, em acréscimo ao seu, o nome de família da mulher. Limongi França deu parecer favorável a essa tese: "(...) na medida em que a chefia da sociedade conjugal veio a ser alçada de ambos, igualmente, a formação de nome civil dos filhos com a aposição dos apelidos dos genitores se torna igualmente assunto afeto a um e outro, devendo ser resolvido de comum acordo. Por fim, ocorre como inevitável consequência jurídica o direito de o marido usar o nome da mulher." (*Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 19, p. 240-341, 1989). Foi como decidiu, em caráter pioneiro, a 1.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, fundado no princípio da isonomia, que consta do artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988. Argumentou o relator, Des. Guimarães e Souza, que "tal dispositivo é claro e abrangente, porquanto não excepciona os casos onde o exercício de direitos e deveres não seria equânime. Onde a lei não veda, há permissão". E mais, "considera-se válido e aceitável, também, o argumento de que é de interesse privado o assento dos nomes dos cônjuges". Votou vencido o Des. Alexandre Germano, com declaração de voto, em que afirmou que, não obstante o princípio constitucional da igualdade, de caráter genérico, não entrevia como possa desde logo se estender ao marido a mesma faculdade, concedida à mulher, a não ser mediante expressa previsão da lei, até o momento inexistente (*RJTJSP* 149/96).

⁴ Pela não subsistência dos bens reservados, Sérgio Gishkow Pereira, em "O bem reservado e a Constituição Federal de 1988", RT 669/257, citado em acórdão da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. 121.426-4, Rel. Des. Antonio Carlos Marcato, em *JTJ* 227/213, mencionando precedentes. Quanto ao privilégio de foro da mulher, parece-nos que somente se justificaria se ela comprovasse hipossuficiência econômica, como na hipótese de pedido conjunto de alimentos. Fora disso, não haveria porque ser beneficiada simplesmente em razão do sexo. Yussef Said Cahali defende a tese da não subsistência do art. 100, I, do CPC, porque conflita com o princípio constitucional da igualdade (*Divórcio e separação*. 9. ed. São Paulo: RT, 2000, p.

526). Invoca julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, embora reconhecendo posições em contrário, especialmente do Superior Tribunal de Justiça (como no Conf. Comp. 22.603, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 23.09.1998, *DJU* 16.11.98, p. 6, e Rep. *IOB Jurisprudência*, 3/15.229).

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. In: *Repensando o Direito de Família*, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 161, 164 e 172; também em *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Cita igual pensamento da Desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias: "Ao que se deve atentar não é à igualdade perante a Lei, mas ao direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades, o que impõe que se estabeleçam diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição" (A solução para a desigualdade. *Zero Hora*, Porto Alegre, 28.05.1997, p. 23).

⁶ MARQUES, Claudia Lima et al. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno. *RT* 764/11. Anota que a idéia de igualdade propugnada pela Constituição Federal não difere, em essência, do conteúdo oferecido ao princípio da isonomia previsto na jurisprudência alemã. Segundo este, "viola-se o princípio da igualdade quando não se pode encontrar para a diferenciação ou equiparação legais um argumento razoável, que surja da natureza das coisas e seja materialmente evidente, em resumo, quando a determinação há de ser qualificada como arbitrariedade" (Apud REIS, Carlos Davi S. Aarão. *Família e desigualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 44).

⁷ A jurisprudência, no entanto, orientou-se no sentido da comunicação dos aqüestos, conforme Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, entendimento esse que o novo Código Civil expressamente rejeita.