

O novo direito de família

A autora traça em breves simplificações a nova sistemática cível advinda do novo codex civil numa abordagem didática.

E conclui, que pouca mudança foi implementada, salvo pela integração da anterior legislação cível esparsa .

GISELE PEREIRA JORGE LEITE

Com o advento do novo Código Civil Brasileiro , a Lei 10.406 de 10 janeiro de 2002, o direito de família divide-se em direito pessoal, direito patrimonial, união estável, tutela e curatela.

Anteriormente, o direito de família era dividido tão-somente em casamento, relações de parentesco e institutos protetivos da tutela, curatela e ausência.

O casamento figura no subtítulo I do direito pessoal no novo CC e, é a união legal entre o homem e uma mulher com o objetivo de estabelecer a família legítima, estabelecendo a comunhão plena de vida baseada na igualdade de direito e deveres dos cônjuges conforme o art. 1.511 CC. A referida comunhão plena é tanto no aspecto pessoal como no patrimonial.

Ressalte-se que a definição de união legal é a celebrada com a observância das formalidades exigidas na lei. Através do casamento origina-se a família legítima , embora tal adjetivo jurídico tenha esvaziado-se no tempo, no que tange à produção de efeitos , vez que o texto constitucional vigente no Brasil decretou a igualdade entre os filhos e estendeu à união estável(concubinato puro) praticamente os mesmos direitos que concedeu aos cônjuges.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo não é permitido e, ainda o que é celebrado sem as solenidades previstas na lei corresponde ao casamento inexistente, bem como aquele onde os nubentes não manifestam consentimento.

Outrora, costumava-se alegar que o casamento fundava a família legítima, e a união estável fundava a família natural e a formada por um só dos pais e seus filhos, denomina-se a família monoparental.

Com o advento da CF/88 reconheceu-se que a união estável também cria entidade familiar, sendo mesmo vedada quaisquer discriminações provenientes de filiação sobre os filhos que passaram a gozar de igualdade de direitos e deveres.

Também é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Dentre as diversas inovações do novo *codex* civil: a gratuidade da celebração do casamento bem como nascimento e óbito em relação às pessoas cuja pobreza for declarada, sob pena da lei, além da habilitação, registro e a primeira certidão(art. 1.512); ainda a extinção do regime dotal de bens; a regulamentação e facilitação do registro do casamento religioso(art. 1.516 CC); redução da capacidade do homem para casar para 16 anos(art. 1.517); previsão somente dos impedimentos dirimentes absolutos, reduzindo-se seu rol (o art. 1.521); tratamento das hipóteses dos impedimentos relativamente dirimentes como casos de invalidez relativa do casamento(art. 1.550); substituição dos antigos impedimentos impeditivos ou meramente proibitivos pelas causas suspensivas(art. 1.523); a exigência de homologação pelo juiz após audiência do MP da habilitação para o casamento(1.526); casamento por procuração mediante instrumento público, com validade de 90(noventa dias) restritivamente; igualdade dos cônjuges decretando o desaparecimento da figura do chefe de família(arts. 1.565 e 1.567); a possibilidade de adoção do sobrenome por qualquer dos nubentes(art. 1.565, §1º.e LRP art. 69).

As formalidades preliminares para o casamento correspondem ao processo de habilitação que se desenvolve perante ao Oficial do Cartório do Registro Civil(art. 1.526) e destina-se a constatar a capacidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais e ainda dar publicidade à intenção de casar-se dos nubentes.

Tendo a habilitação doravante também passar pelo crivo do Ministério Público em audiência e ser homologada pelo juiz.

Para a apresentação dos impedimentos que podem ocorrer até a celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz, *ex vi* o art. 1.522 diversamente do que dizia o antigo art. 190 CC de 1916 onde só os parentes em linha reta(consangüíneos ou afins) e os colaterais em 2º. grau poderiam apresentar oposição ao casamento.

O oficial do registro fornecerá aos nubentes ou a seus representantes, a nota da oposição, indicando seus fundamentos , provas e o nome de quem a ofereceu, e terão prazo razoável para fazer a prova contrária.(art.1.530). Ressalte-se que não fixou a lei o referido prazo expressamente.

O procedimento habilitatório deve ser instaurado no domicílio dos nubentes. Se em locais

diversos, deverá o edital ser publicado em ambos.

Dar-se-á aos proclamas a maior publicidade que possível, fixando-os em lugar ostensivo no cartório, além de publicá-los na imprensa local.

Após 15 dias a contar da afixação do edital dos proclamas em cartório, o oficial entregará as nubentes, a certidão que os habilitar casar-se em 90 dias, sob pena de perda de eficácia (art. 1.532). Ultrapassado tal prazo, será necessária nova habilitação.

Contudo, havendo urgência, tal publicação pode ser dispensada, é o caso do casamento nuncupativo ou *in extremis*, a critério do juiz, conforme prevê o parágrafo único do art. 1.527 CC. A lei silencia quanto o que seria o motivo da urgência.

No Capítulo II referente aos impedimentos matrimoniais além da redução dos motivos e das hipóteses para óbice matrimonial, restringindo-se a sete no total. A inobservância do art. 1.521 fulminará o casamento de nulidade absoluta.

Bem diferente da forma anterior disciplinada pelo CC de 1916, pois este enumerava os impedimentos no art. 183, totalizando dezesseis impedimentos e que eram classificados em: absolutamente dirimentes (I ao VII) que geravam a nulidade absoluta do matrimônio; os relativamente dirimentes (incisos de IX ao XII) que geravam a anulabilidade da união matrimonial, se bem que uma bem peculiar, pois que suportava a possibilidade de posterior ratificação e sanando portanto o ato; e, por último, os proibitivos ou meramente impeditivos (os incisos XIII a XVI) que visavam obstar a realização do casamento que poderiam atentar contra interesses de terceiros e somente geravam casamentos irregulares, mas não eram invalidados era imposto uma sanção, qual seja, o matrimônio era considerado realizado no regime de separação de bens.

Pelo novo *codex* civil são impedimentos apenas os outrora chamados de dirimentes absolutos e visam coibir as uniões que ameacem à ordem pública sendo impossível de serem sanados ou mesmo suprimidos.

Os demais impedimentos pela nova sistemática passaram a ser tratados no capítulo relativo à invalidade do casamento e, ainda como causas suspensivas (que na verdade, não impedem, mas ratificam que não devem casar as pessoas que se encontrarem temporariamente nas circunstâncias descritas no art. 1.523).

Aliás, há um expressivo abrandamento até mesmo na dicção legal, já no *caput* do referido artigo lê-se: "não devem casar:".

Curial ressaltar que os requisitos essenciais do casamento continuam os mesmo e são: a diferença de sexo, o consentimento inequívoco e espontâneo dos nubentes e a celebração na forma da lei. Os demais requisitos devem ser observados para a validade e regularidade do casamento.

Há de se observar que o conceito e a natureza jurídica do casamento podem variar bastante conforme a realidade temporal, cultural e social e, ainda dentro dos aspectos geográficos. Na Dinamarca, já algum tempo (desde 1989) se permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Holanda, em setembro de 2000, através de seu parlamento, aprovou por 107 votos contra 33, com franca maioria, portanto, obtendo o casal homossexual os mesmos direitos dos heterossexuais, podendo, inclusive, adotar.

Recentemente, em julho de 2001, a Corte constitucional alemã, rejeitou recurso de dois de seus estados, contra a lei aprovada em dezembro de 2000 que admite o registro oficial da união homossexual, permitindo ao casal adotar um patronímico em comum, bem como lhe conferindo direitos recíprocos quanto à sucessão, à obrigação alimentar e ao direito previdenciário.

Na Noruega, em França e na Suécia os homossexuais também têm o direito de registrar a união civil; no Brasil ainda não é permitido, apesar do projeto apresentada da ex-deputada ora prefeita de São Paulo concernente a parceria civil entre as pessoas do mesmo sexo que, após ser examinado por uma comissão da Câmara, recebeu um substitutivo do deputado Roberto Jéferson também admitindo a parceria civil, disciplinada através de contrato.

No entanto, até o presente momento, nenhum dos projetos converteu-se em lei. Também sobre o tema, escrevi a união dos iguais, um artigo também presente no site www.direito.com.br.

Não se deve confundir impedimento com incapacidade, pois esta é absoluta e o incapaz não poderá casar-se com nenhuma pessoa, porque há um obstáculo intransponível. Já o impedido apenas não está legitimado a casar-se com determinada pessoa, mas poderá fazê-lo em relação a outra pessoa. O que ocorre é a falta de legitimação.

Os documentos necessários para o processo habilitatório são os previstos no art. 1.525 NCC e são: certidão de nascimento ou documento equivalente (que poderá ser a cédula de

identidade, ou título de eleitor) também se admite a justificação da idade no art. 68 do LRP(Lei de Registros Públicos).

Embora esta não tenha sido utilizada, isto porque se admite atualmente o registro tardio que cumpre ao interessado providenciar.

Objetiva-se com a antecipação da capacidade matrimonial para 16 anos a proteção da prole vindoura. Aliás, as estatísticas nos informam que cada vez mais adolescentes engravidam.

O novo *codex* civil não contempla mais a possibilidade de o juiz ordenar a separação de corpos até que as partes atinjam a idade legal.

Suprida a idade judicialmente, o enlace matrimonial pessoal é viabilizado porém, sob o regime de separação de bens, sem a comunicação de aqüestos(art. 1.641, II) e, ainda o art. 258, parágrafo único, I e II do CC/1916.

Admite-se o suprimento judicial da idade, embora não sujeito às penas previstas no CP. Interpreta-se o art. 1.520 de modo benéfico face ao interesse social na realização desses casamentos.

A expressão " pena criminal" abarca qualquer sanção de caráter criminal até mesmo a prevista no ECA. Não se admite o suprimento de idade do noivo menor de 16 anos, quando a noiva já atingiu ou ultrapassou a idade de 18 anos.

Aplica-se também, o mesmo regime de separação de bens, no caso em que os nubentes têm mais de 60(sessenta) anos bastando que um deles, tenha ultrapassado a tal limite etário.

O procedimento de suprimento judicial do consentimento dos representantes legais é o previsto para a jurisdição voluntária art. 1.103 e seguintes do CPC e dar-se-á em audiência em segredo de justiça. Da decisão prolatada em sentença pelo juiz caberá o recurso de apelação para a instância superior, sendo tal recurso voluntário e dotado de efeito suspensivo.

As testemunhas que devem ser pessoas maiores(parentes ou não), destina-se a completar a identificação e reforçar a prova da ausência de impedimentos matrimoniais. No memorial é onde há a perfeita qualificação e identificação dos nubentes e deve ser assinado por eles.

Entre os documentos indispensáveis para a habilitação poderá ser a certidão de óbito que comprove cabalmente a viuvez do nubente.

Na falta do assento do óbito, nos casos onde há o desaparecimento do cadáver em naufrágio, incêndio, ou catástrofe , pode ser substituído por sentença obtida em declaração da morte presumida sem a decretação da ausência(art. 7º) ou em justificação judicial requerida perante juiz togado(LRP ,art. 88).

No processo de ausência, não se declara e nem se decreta a morte do ausente, mas atingidos os requisitos para a abertura da sucessão definitiva(arts. 6º e 37 do CC) obtém-se o divórcio (art. 1.571,§10.).

Nos casos de nulidade ou anulação de casamento, deverá juntar a certidão do trânsito em julgado da referida sentença.

Se um dos cônjuges for divorciado, não bastará a certidão do trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio, é preciso apresentar certidão de registro dessa sentença no Cartório de Registro Civil onde o casamento se realizou conforme art. 10 , I CC, Lei 6.515/77, art. 32).E para completa regularidade do segundo casamento, deverá apresentar a homologação da partilha de bens do primeiro casamento.

Reza o art. 1.523 do novo *codex* civil , em seu inciso II, *in verbis*: "o divorciado só deve casar quando tiver sido homologada ou decidida partilha dos bens do casal", a fim de se evitar a possível mixórdia patrimonial , ou seja, a *turbatio patrimonium*.

No que tange ao impedimento matrimonial por consangüinidade deixou o legislador de se referir como outrora ao parentesco, e à filiação legítima e ilegítima vez que a referida discriminação é vedada pelo art. 227, § 6º. da CF/88.

Tal impedimento exara uma preocupação eugênica e se estende também ao parentesco civil por razões morais e em prol da salutar moralidade familiar.

Alcança o impedimento os irmãos havidos ou não de casamento, sejam unilaterais ou bilaterais(sejam irmãos uterinos ou meramente consangüíneos).

O Decreto-Lei 3.200/1941 permite o casamento entre tios e sobrinhas desde que se submetam previamente ao exame pré-nupcial e o resultado lhes seja favorável. Primos, no entanto, podem casar-se porque são colaterais de quarto grau, esclarecendo que irmãos são colaterais em segundo grau.

O parentesco pode ter tido origem quer pelo casamento quer pela união estável e, nem mesmo a extinção de tais vínculos, não extinguirá o parentesco por afinidade que o gerou(art. 1.595).

O mesmo art. 1.595 incluiu o companheiro no rol de parentes por afinidade(o que não deixa de

ser uma das poucas novidades), não pode ele mesmo que dissolvida a dita união, casar-se com a filha de sua ex-companheira.

A adoção imita a família e, no inciso V os contraentes encontrar-se-ão na posição de irmãos, o que caracterizaria manifestamente como incesto. Retirada a expressão "filho superveniente ao pai ou à mãe" que gerou imensa controvérsia durante a vigência do CC de 1916.

Os incisos III e V do art. 1.521 do novo *codex* civil são até dispensáveis tendo em vista a CF/88 que proíbe qualquer discriminação ou diferença no tratamento entre os filhos.

O inciso VI procura combater a poligamia e prestigiar a monogamia que é predominante nos países cristãos.

O impedimento só desaparece com a morte, a anulação ou divórcio do casamento. O casamento religioso não constitui impedimento.

O conjúcio tendo ocorrido, existindo efetiva condenação, constitui um *impedimentum criminis* (ex vi art. 1.521, VII).

Não é contemplado pelo novo *codex*, o impedimento relativo ao casamento do cônjuge adúltero com o seu cúmplice (e por tal razão condenado). Apesar do art. 1.639, inciso II, incluir o adultério entre os atos contrários à moral e aos bons costumes e por isto passível de ser causa de perda do poder familiar do cônjuge adúltero, o que é lastimável. Corroborado também pelo disposto do art. 1.586.

As causas suspensivas correspondem à determinadas circunstâncias que suspendem a realização do casamento, mas só provocam o casamento irregular onde é obrigatório o regime de separação de bens (art. 1.641, I).

E podem deixar de serem aplicadas, se houver prova de ausência de prejuízo para essas pessoas (art. 1.523, parágrafo único).

Para evitar a confusão de patrimônios, há a previsão específica tanto para o viúvo e viúva (art. 1.523, I) como para o divorciado (art. 1.523, III) tendo que a partilha ser devidamente julgada e homologada por sentença judicial.

No código civil anterior o cônjuge, sofria dupla sanção (perda de usufruto dos bens dos filhos além da imposição do regime de separação de bens), a gora, somente esta última sanção remanescente.

Evidentemente, se o casamento anterior foi anulado por impotência *couendi*, não há a referida causa suspensiva que impõe o certo lastro temporal para a realização do matrimônio.

O inciso IV do art. 1.523 destina-se a evitar a coação moral de quem possa exercer ascendência e autoridade sobre o ânimo do incapaz. E perdura a causa suspensiva enquanto viger a tutela ou curatela e, enquanto não for pagas, quitadas e prestadas as referidas contas.

Não há todavia, restrição absoluta desde que as partes demonstrem cabalmente a inexistência do prejuízo para pessoa tutelada ou curatelada (art. 1.523, parágrafo único).

Dispõe o art. 7º. da LICC que realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira, quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.

Não se aplicará, a sanção prevista no art. 1.641, I do CC que impõe o regime da separação de bens, a cônjuge estrangeiro, em cuja lei nacional inexistia semelhante penalidade.

As causas suspensivas (art. 1.523 I a IV) a lei restringe a legitimação (apenas à família) sejam parentes consanguíneos ou afins (art. 1.524) Nem mesmo o MP poderá alegá-las.

Pontes de Miranda entende também admissível a oposição dos impedimentos do que fora casado com a mulher que quer novamente, se casar antes dos 300 dias (Tratado de direito de família, 3 ed., 1947, v.I, § 25, n.4).

As causas suspensivas só podem ser opostas no curso do processo de habilitação, até o decurso do prazo de 15 dias da publicação dos proclamas.

O casamento é celebrado ritualisticamente com grande incidência de normas de ordem pública. Aliás, nota-se a tendência de publicização do direito de família devido aos princípios de ordem pública que cada vez mais se inserem na ordem privada.

O casamento é ato público, e portanto, deve ser celebrado em local (quer público ou privado) com portas abertas e em qualquer dia, inclusive aos domingos. A lei exige a presença de duas testemunhas, no mínimo, que podem ser parentes ou não dos contraentes ou nubentes.

Aumentar-se-á o número de testemunhas para quatro se algum dos nubentes for analfabeto ou se celebrado em edifício particular (art. 1.534, §10. e 2º.). Ressalte-se que a presença dos nubentes deverá ser sempre simultânea.

Anteriormente, o casamento por procuração que outorgue poderes especiais ao mandatário, e era apenas recomendável a forma pública, podendo ser outorgada por instrumento particular, com o reconhecimento da firma do outorgante e com a especificação do regime de bens

conforme os arts. 7º.,§1º. Agora, é obrigatório que o instrumento de mandato seja público. O mandato só pode ser revogado só instrumento público e terá eficácia pelo prazo de 90 dias(art. 1.542,§3º. e 4º.).

O casamento será tão-somente anulável, desde que sobrevenha coabitação entre os cônjuges, conforme o art. 1.550, V .

As formalidades essenciais ou *ad solemnitatem* que, se ausentes, tornarão o casamento inexistente, a principal delas, cinge-se ao consentimento dos nubentes.

O silêncio não pode ser interpretado como resposta positiva e nem se admite o consentimento dos nubentes seja subordinado à condição ou a termo.

A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos nubentes recusar a solene afirmação de sua vontade, declarar que não é livre e espontânea ou ainda manifestar-se arrependido (art. 1.538, I a III).

Depois da manifestação dos nubentes, o pronunciamento do juiz é meramente declaratório entende certa corrente de doutrinadores.

Já para os outros, a declaração do celebrante é essencial e dá legitimidade ao vínculo matrimonial e confere-lhe certeza. Sem a declaração do celebrante, o casamento é inexistente.

A lavratura do assento constitui formalidade *ad probationem tantum* e não *ad solemnitatem*, pois ocorre depois que o casamento já se concluiu e se aperfeiçou.

A falta de assento cartório do feito dificulta a prova do casamento mas não o torna inválido.

O art. 1.514 do NCC acaba em boa hora com toda a celeuma acerca do momento da conclusão da celebração do casamento, estabelecendo expressamente, *in verbis*: " O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal e o juiz os declara casados " conforme os termos do art. 1.535".

Além da prova direta e específica de casamento consistente na certidão do registro, há também os meios supletórios de prova. Acrescenta-se também a prova indireta que corresponde a posse do estado de casado bem representada pelo adágio de **Loysel**: "*Boire, manger, coucher, ensemble, c'est mariage, ça me semble*"(beber, comer, deitar junto, é matrimônio que me parece).

A posse do estado de casado exige para sua plena caracterização e eficácia dos seguintes requisitos:a) *nomen*, a mulher deve usar o nome do marido; b) *tractatus*, ambos devem tratar-se ostensivamente como casados; c) fama, a sociedade deve reconhecer sua condição de cônjuges.

Caio Mário da Silva Pereira com o seu brilhantismo habitual , nos informa que a rigor, a posse do estado de casado, não é propriamente uma prova , uma vez que o matrimônio não se presume.

Vale, porém, excepcionalmente, a posse do estado de casado para comprovar indiretamente casamento de pessoas falecidas em prol da prole e, ainda para sanar eventuais falhas de forma no respectivo assento.

O art. 1.545 proíbe que se conteste o casamento de pessoas falecidas na posse do estado de casado em benefício da prole em comum.

O art. 1.547 CC esclarece que havendo dúvidas entre as provas em prol e contra o casamento , quando se apresentam contraditórias ou conflitantes, deve-se inclinar-se pela sua existência, se os cônjuges vivem ou viveram na posse do estado de casado.

In dubio pro matrimonium, havendo a dúvida quanto à celebração do casamento e não quanto à validade deste.

Acrescenta o art. 1.546 quando a prova da celebração legal do matrimônio resultar de processo judicial, o registro de sentença no livro de registro civil produzirá pleno efeito quanto aos cônjuges bem como dos filhos desde a data do casamento e, não apenas a data do registro.

Planiol, Ripert et Demolombe entendem que a posse do estado de casado é um elemento saneador de eventuais defeitos de forma do casamento.

As principais efeitos jurídicos do casamento são social, pessoal e patrimonial.A criação da família legítima(CF art. 226, §10., e 2º., art. 1.513); estabelecimento de afinidade entre cada cônjuge ou companheiro e os parentes do outro(art. 1.595 §1º., e 2º) , a emancipação do cônjuge de menor idade(art. 5º., § único, II CC) e a constituição do estado de casado.

O *Nouveau codex* confere aos consortes o mesmo poder decisório no que tange ao domicílio e aos filhos bem como quanto a autorização para o casamento dos filhos menores.

Terá ainda, qualquer dos cônjuges, o direito de recorrer judicialmente para ver prevalecer sua

vontade, desde que não se trate de matéria personalíssima.

São poucos os artigos dedicados a regular mais amplamente a união estável, outorgando-lhe alguns dos efeitos jurídicos que já anteriormente vinham previstos na legislação extra-código e, no texto constitucional vigente).

Não contém norma disciplinadora sobre a família monoparental apesar de estatísticas recentes atestarem que 26% dos brasileiros vivem sob essa modalidade familiar.

Abandonou-se a locução pátrio poder e, em substituição adotou-se o chamado poder familiar inspirado no *parental authority* do norte-americano conforme assinala **Krause**.

Continuou a fidelidade conjugal ser exigida por lei, segundo o art. 1.566, I CC constituindo um dos mais importantes deveres conjugais e, não pode ser afastado, nem pelo pacto antenupcial por ofender a lei e aos bons costumes.

No cômputo geral, a nova sistemática só veio se adequar ao que já vinha previsto constitucionalmente e na legislação esparsa, sendo a mais importante alteração aquela que diz respeito a isonomia conjugal consagrando que pelo casamento homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, ou companheiros e, são responsáveis pelos encargos da família.(a saber: a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal ou more uxório, a mútua assistência e o sustento , guarda e educação dos filhos com o acréscimo do respeito e consideração mútuos).

Com relação aos regimes de bens disciplinados pelo novo código civil brasileiro são: comunhão parcial que continua a prevalecer como regime legal, a separação de bens (convencional e a obrigatória), a comunhão universal e a partição final dos aqüestos que irá merecer futuramente um artigo mais detalhado.