

Direito Pessoal no Direito de Família Newton Teixeira Carvalho¹

SUMÁRIO:

1.Introdução. 2.Disposições Gerais - Capacidade e Impedimentos. 3. Causas Suspensivas da celebração do casamento. 4. Celebração e Prova do casamento 5. Invalidade do casamento. 6. Eficácia e Dissolução do casamento. 7.Proteção da pessoa dos filhos.8.Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO.

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 os rótulos "Do Direito Pessoal", "Do Direito Patrimonial", "Da União Estável" e "Da Tutela e da Curatela".

No subtítulo I do Direito Pessoal aparece o casamento com diversas e relevantes mudanças de conteúdo trazidas pelo novo Código Civil naquele capítulo, quais sejam:

- 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 de 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);

¹ Juiz Titular da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, especializado em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral, em Belo Horizonte, Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e Mestrando em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Belo Horizonte.

- 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 há 90 dias (art. 1.542);
- i) desaparecimento da figura do chefe de família, em decorrência da igualdade dos cônjuges, aos quais compete à 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

Assim, passamos à análise das modificações, na ordem ditada pelo Código Civil, no tocante ao Direito Pessoal no Direito de Família (art. 1511 a 1590). Porém, vale ressaltar-se que, com a constitucionalização do Direito de Família o novo Código nada mais fez do que regulamentar e dar aplicabilidade aos artigos 226 e seguintes de nossa Carta Maior, com destaque ao princípio da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, que derrubou ultrapassados entendimentos e acabou, de vez, com a inferioridade da mulher no casamento e também com a discriminação no que tange aos filhos, advindos ou não do casamento.

Não é demais lembrar, ainda, que foi o texto magno, em seu art. 226, parágrafo 3º e 4º, a reconhecer outras formas de entidades familiares, além do casamento, ou seja, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental).

2 - Disposições Gerais -Capacidade e Impedimentos (arts. 1511 a 1522).

2.1. Da capacidade.

A idade núbil, pelo novo Código, passa para 16 anos, tanto para o homem como para a mulher (art. 1517). Porém, se ainda não alcançada a maioridade civil, que o novo Código reduz para 18 anos (art. 5º), exige-se a autorização dos pais ou dos representantes legais dos menores, para fins de casamento.

² OLIVEIRA, Euclides de. HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. Do Casamento. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 10 a 33, especificamente p. 10.

Havendo divergência entre os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (art. 1.631). Assim, a denegação do consentimento para fins de casamento, quando injusta, poderá ser suprida pelo juiz (art. 1.519). Porém, nesse caso, o regime será, obrigatoriamente, o de separação de bens (art. 1641, III).

O art. 1.520, do novo Código Civil, excepcionalmente admite o casamento precoce de menores de 16 anos, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em razão de gravidez.

Interessante destacar-se que o atual Código não contempla a possibilidade de determinação, pelo juiz, da separação de corpos dos cônjuges até que atinjam idade legal, nas duas hipóteses autorizativas de casamento abaixo da idade núbil, no parágrafo antecedente aludidas.

2.2. DOS IMPEDIMENTOS

Não se pode confundir incapacidade para o matrimônio com impedimentos matrimoniais. O impedido de casar não é incapaz de contrair casamento. A incapacidade é geral e o impedimento apenas circunstancial.

Com relação aos impedimentos matrimoniais, chamados também de impedimentos dirimentes públicos ou absolutos, foram eles, no novo Código Civil, restringidos a sete e estão previstos no art. 1.521. Todos são de caráter absoluto. Portanto, será nulo o casamento celebrado com infração a quaisquer desses impedimentos, conforme se vê do art. 1.548, II.

Consideram-se impedimentos apenas os fatos que efetivamente vedam a união civil pelo casamento, impossíveis de serem supridos ou sanados e a discriminação de cada abrange causas relativas a parentesco próximo (ascendentes com descendentes 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.

A discussão travada no momento é com relação à proibição do casamento entre parentes até o 3º grau (tio e sobrinha) que, pelo Código Civil moribundo, comporta exceção quando houver autorização judicial, por permissão do Decreto-lei nº 3.200/41.

Assim, o Relator do Código Civil, Deputado Ricardo Fiúza, acatando sugestão do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, encaminhou projeto de lei com várias modificações no ainda não vigente Código Civil. Dentre elas, de destacar-se que poderá ser acrescentado ao art. 1.521 parágrafo único, a seguinte redação: **"Poderá o juiz, excepcionalmente, autorizar o casamento dos colaterais de terceiro grau, quando apresentado laudo médico que assegure inexistir risco à saúde dos filhos que venham a ser concebidos"**.

Evidentemente que o acréscimo acima transcrito tem por escopo evitar interpretações divergentes acerca da prevalência ou não do Decreto-lei nº 3.200/41 na vigência do novo Código, além de consolidar em um único corpo de lei o mesmo assunto, o que facilita o manuseio e pesquisa. Porém, entendemos, enquanto não aprovada a modificação acima, que o Decreto-lei nº 3.200/41 (como lei especial) foi recepcionado pelo novo Código Civil (lei ordinária). E, conforme o art. 2º dessa legislação, os parentes de 3º grau poderão casar-se se dois médicos que os examinarem atestarem-lhes a sanidade, afirmando não ser inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, a realização do casamento.

Também não andou bem o novo Código ao fazer referência aos filhos adotivos (art. 1521, III) quando, sabemos, são simplesmente filhos, sem nenhuma adjetivação, iguais aos naturais, "ex vi" do disposto no art. 227, § 6º da Constituição Federal. Desnecessário é, por conseguinte, o inciso III do novo Código Civil, eis que está encampado pelos outros incisos daquele mesmo artigo.

Com relação ao 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), de ressaltar-se que tal vedação persiste, a exemplo de entendimento esposado sob o manto da legislação anterior, apenas em hipótese de crime doloso.

A oposição de impedimentos, se não ocorrer no procedimento de habilitação para o casamento, poderá ser concretizada até o momento da celebração, por qualquer pessoa capaz. Porém, se o casamento realizar-se, poderá ser invalidado, a qualquer tempo, por iniciativa de qualquer interessado ou pelo Ministério Público.

O artigo 1.529 do novo Código Civil exige que os impedimentos e as causas suspensivas da celebração das núpcias sejam opostos por declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado que impedem a realização do casamento. Se o oponente agiu de má-fé, pode responder a ações civis e criminais (Parágrafo único, art. 1.530).

3. CAUSAS SUSPENSIVAS DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

Tais causas, conhecidas na doutrina como impedimentos impedientes, suspensivos ou proibitivos, não impedem a realização do casamento nem desfaz o matrimônio. Podem ser desconsideradas, por autorização judicial e, se infringidas, não constituem motivo para invalidação do ato.

As causas suspensivas (art. 1523, I a IV) foram estabelecidas no interesse da prole do leito anterior (ausência de inventário, existindo filho do cônjuge falecido); no intuito de evitar a confusão de sangue (casamento somente após o décimo mês da viuvez, da nulidade ou anulabilidade das núpcias ou da dissolução da sociedade de fato) e de patrimônio (necessidade de decisão acerca da partilha dos bens no divórcio), tudo, evidentemente, na hipótese de segundas núpcias; ou no interesse do nubente que poderá acabar influenciado pelo outro (não poder o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, casar com a pessoa tutelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas).

A inovação neste tópico é a previsão específica de causa suspensiva de casamento para o divorciado, enquanto não efetuada a partilha dos bens do casal (art. 1.523, III). Portanto, agora mais do que nunca deverá constar da sentença que decretar a separação ou o divórcio, que não existe bem a partilhar, se for o caso, para facilitar o tramite da habilitação, se o divorciado pretender convolar novas núpcias.

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) e deve ser feita por escrito e com as provas do fato alegado (art. 1.529), quando ainda em curso o processo de habilitação.

Se pendente a oposição, o casamento será adiado, eis que os nubentes não obterão o certificado de habilitação.

Caso desrespeitadas as chamadas causas suspensivas, o novo Código prevê a obrigatoriedade do regime de separação (art. 1.641, I).

3.1 HABILITAÇÃO MATRIMONIAL

A habilitação matrimonial, que ocorre perante o Oficial de Registro Civil do domicílio de um ou de ambos os contraentes, é uma providência que antecede o casamento e tem por escopo a verificação da inexistência de impedimentos e de causas suspensivas.

Pelo novo Código são mantidos os requisitos básicos necessários à habilitação, ou seja, 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); oitiva do Ministério Público; homologação pelo juiz e expedição do certificado de habilitação com eficácia por 90 dias (arts. 1.531 e 1.532). Se os nubentes não convolarem núpcias nesse período, terão que renovar o processo de habilitação, com a publicação de novos proclamas e nova certidão, por se tratar de prazo de caducidade.

A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada nos termos da Lei 1.060/50 (art. 1.512, parágrafo único).

De ver-se que o atual Código exige que a habilitação seja homologada pelo juiz (art. 1526). No Código agonizante, bastava a intervenção do Ministério Público. O juiz apenas se pronunciava nos casos de impugnação (oposição dos impedimentos e causas suspensivas) não aceita pelas partes.

Evidentemente que desnecessária é tal providência, diante da fiscalização exercida pelo oficial do Registro Civil e pelo Ministério Público. Descabida exigência está prestes a cair, eis que, do recente projeto de lei do Deputado Ricardo Fiúza, a situação poderá voltar ao sistema do Código anterior, já que o artigo 1.526 poderá ter a seguinte redação: **"A habilitação será feita perante o oficial de Registro Civil e, se o órgão do Ministério Público impugnar o pedido ou a documentação, os autos serão encaminhados ao juiz, que decidirá sem recurso."**.

4. CELEBRAÇÃO E PROVA DO CASAMENTO

4.1. DA CELEBRAÇÃO

Preenchidos todos os requisitos do procedimento de habilitação, os contraentes, de posse da certidão de Registro Civil e certificado de habilitação (art. 1531), requererão, mediante petição à autoridade competente, a designação de dia, hora e local para a celebração do casamento (art. 1.533).

A celebração do ato nupcial é da competência do juiz de casamento do lugar em que se processou a habilitação e é gratuita (art. 1.512). Constitui ato solene e deve ocorrer com todo o rigor formal, sob pena de inexistência do ato, salvo casos urgentes (casamento nuncupativo) ou excepcionais (conversão da união estável em casamento). A publicidade do ato nupcial é de ordem pública e, por conseguinte, condição para a validade dele.

Presentes os nubentes, em pessoa ou por procurador especial (art. 1.535), bem como as testemunhas e o oficial do registro (que funciona como escrivão), o presidente do ato (juiz de casamento) perguntará, sucessivamente, ao futuro marido e à futura mulher se persistem no propósito de se casar por livre e espontânea vontade.

O novo Código não deixou nenhuma margem de dúvida quanto ao momento da consumação do casamento, a afirmar, no artigo 1.514, que **"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."**.

Assim, não é suficiente, à luz do novo Código Civil, a mera declaração de vontade dos nubentes, que ainda podem arrepender-se ou sofrer, antes do assentimento, oposição de impedimento (art. 1.522). Verifica-se, ainda em razão desse mesmo artigo, que a eficácia do casamento independe da solenidade do registro, que é mero meio de prova de sua realização (art. 1543).

Permite o novo Código Civil que, se um dos nubentes não puder estar presente ao ato nupcial, se celebre o matrimônio por procuração que tem eficácia para noventa dias (art. 1.542, § 3º). Tal mandato, que somente pode ser outorgado por escritura pública, exige poderes especiais ao mandatário para comparecer em lugar do mandante e receber, em seu nome, o outro contraente (art. 1.542), indicando o nome deste e individuando-o de modo preciso.

Inadmissível que ambos os nubentes se façam representar por mandatários, já que, sem a presença de um deles, o ato nupcial perde os caracteres cerimoniais peculiares. A revogação do mandato também deverá ocorrer por instrumento público.

Como visto, o casamento é civil. Entretanto, é perfeitamente válido que os nubentes se casem no religioso, atribuindo-lhe efeitos civis (art. 1.515 e 1.516). O casamento religioso celebrado sem as formalidades exigidas pelo Código Civil terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante o Oficial de Registro Civil.

Assim, o casamento religioso pode ser precedido de habilitação (Lei 6.015/73, art. 71 e CC art. 1.516, § 1º), caso em que os nubentes processam a habilitação matrimonial perante o Oficial do Registro Civil, observando os arts. 1.525, 1.526, 1.527 e 1.531 do Código Civil. Celebrado o casamento, qualquer interessado deverá requerer a sua inscrição no Registro Civil, no prazo de 90 dias, sob pena de ser necessária nova habilitação, se ultrapassado tal prazo.

Realizado o casamento religioso sem prévia habilitação no civil, poderá o mesmo ser registrado, desde que os nubentes apresentem a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo art. 1.525 do Código Civil. Assim, processar-se-á a habilitação, com publicação de editais, na forma de praxe.

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

O prazo para registro, que pela Lei 6.015/73 era de 30 dias, foi aumentado pelo novo Código para 90 dias, no caso de prévia habilitação. Escoado aludido prazo, o registro poderá ser concretizado a qualquer tempo, porém há necessidade de ser efetuada nova habilitação.

O novo Código também manteve o casamento nuncupativo (art. 1.540), forma especial de núpcias em que, ante a urgência do caso e por falta de tempo (iminente risco de vida de um dos contraentes), não são cumpridas todas as formalidades ditadas pelos arts. 1.533 e seguintes do Estatuto Civil.

No casamento nuncupativo permanece a exigência de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até o segundo grau. Porém, o prazo para confirmação do casamento perante a autoridade judicial se dilata, no novo Código, de 5 dias previstos no atual, para 10 dias (art. 1541). Dispensado foi à formalidade da confirmação testemunhal se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro.

Para ultimar o ciclo formal do casamento, que se inicia com a habilitação e prossegue com a cerimônia solene, dever-se-á lavrar no livro de registro, para perpetuar o ato e servir de prova, o assento do matrimônio.

4.2. PROVAS DO CASAMENTO

O casamento, bem como demais atos jurídicos, estão sujeitos à comprovação para existir. A prova neste caso é pré-constituída e se faz pela certidão do registro. Entretanto, a ausência deste meio probatório fundamental (sumiço do livro ou do próprio Cartório) não impede que o casamento seja demonstrado por outros meios, em direito admitidos (art. 1.543, parágrafo único): carteira de trabalho, averbação feita em registro de nascimento, justificção judicial, dentre outros.

O casamento realizado no exterior prova-se de acordo com a lei do país em que se celebrou, em aplicação do princípio do direito internacional privado **locus regit actum**.

Entretanto, se o casamento de brasileiro foi contraído no exterior perante agente consular, será provado por certidão do assento no registro do consulado (art. 1.544), que faz às vezes do cartório do Registro Civil. Nessa hipótese, um ou ambos os cônjuges, se vierem para o Brasil, deverá, em até 180 (cento e oitenta) dias, a contar do retorno, trasladar no cartório do respectivo domicílio ou, em sua falta, no 1º Ofício da capital do Estado em que passarem a residir (art. 1.544), o assento de casamento, para produzir efeito neste país.

O novo Código também considerou, em seu artigo 1.545, para fins de comprovação da existência do casamento válido, na falta de registro ou de outro documento hábil, a prova da posse do estado de casado, assim considerada quando duas pessoas são tidas pela sociedade como marido e mulher, em razão de assim procederem, publicamente.

De ver-se que o artigo 1.547 do novo Código encampa, a exemplo do Código anterior, o princípio **"in dubio pro matrimonio"**, a determinar 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."**

Entretanto, de ver-se que a posse do estado de casados não se presta para convaler vício que invalida o casamento. Assim, somente poderá ser alegada para dirimir incerteza quanto ao registro do casamento anteriormente realizado e que por algum motivo desapareceu ou sequer foi lavrado.

5 - INVALIDIDADE DO CASAMENTO.

5.1 - Nulidade do casamento

O casamento tem como pilar o pressuposto fático da diversidade de sexo dos nubentes (art. 1.514), exige a celebração na forma prescrita em lei (art. 1.533 a 1.535) e também consentimento das partes. Faltando qualquer um destes três requisitos é ato inexistente e, por conseguinte, nenhum efeito produz.

Assim, não se preocupou o novo Código Civil em tratar, expressamente, das condições indispensáveis à existência jurídica do casamento, por total desnecessidade.

Entretanto, o novo Código continua com a distinção entre casamento nulo (art. 1.548), que é imprescritível, e anulável (art. 1.550).

A nulidade do casamento, conforme doutrina Maria Helena Diniz,³ deriva de enfermidade mental grave, que impossibilite o discernimento para os atos da vida civil, incesto, bigamia e crime de homicídio ou tentativa de homicídio (art. 1.548, I e II).

A decretação de nulidade de casamento exige ação própria e tem legitimidade para ofertá-la qualquer interessado (o próprio cônjuge, herdeiro necessário, tutor, curador etc) ou o Ministério Público (art. 1.549).

A sentença de nulidade do casamento tem efeito declaratório, eis que apenas reconhece o fato que o invalida. Portanto, é **ex tunc** (art. 1.563). Entretanto, não torna o matrimônio totalmente ineficaz eis que não apaga a paternidade e maternidade dos filhos havidos na constância de matrimônio declarado nulo e protege-se o cônjuge de boa-fé, além de proibir que a mulher contraia novas núpcias até 10 meses após a sentença, salvo se antes disso tiver dado à luz ou provar inexistência de gravidez.

De ressaltar-se que não mais existe o duplo grau de jurisdição, equivocadamente rotulado de recurso de ofício, com relação à sentença que declarar a nulidade ou anulação do matrimônio, eis que, pela última reforma do Código Processo Civil (art. 475), tal exigência foi abolida. Sem razão, pois, Maria Helena Diniz ao manter tal entendimento no seu Curso de Direito de Família.⁴

O novo Código Civil não alude ao curador do vínculo. Assim, não há que ser nomeado mais esse defensor do matrimônio, nas ações de nulidade ou anulatórias.

³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 5º v., 2002, p. 226.

⁴ DINIZ, Maria Helena, ob. cit. p. 223.

5.2 DA ANULAÇÃO DO CASAMENTO

A anulação do casamento está prevista no art. 1.550 do novo Código Civil e poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: ausência de idade mínima ou de autorização do representante legal, com relação ao menor em idade núbil; por vício de vontade (erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge - art. 1557); incapacidade de consentimento ou de manifestação, de modo inequívoco; realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, desde que não sobrevenha coabitação entre os cônjuges.

De ressaltar-se que a situação de gravidez da mulher não permite a anulação do casamento por motivo de idade (art. 1.551).

O prazo para propositura da ação anulatória é de 180 dias, com relação ao incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento (art. 1.560, I); e de 02 anos, se incompetente a autoridade celebrante (art. 1.560, II); de 03 anos em se tratando de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (art. 1.557) e de 04 anos, se houver coação.

Também é de 180 dias o prazo decadencial para anular o casamento dos menores de 16 anos, contado o prazo para o menor do dia em que fez essa idade e da data do casamento para seus representantes legais ou ascendentes (art. 1560, I).

Pelo art. 1.550, inciso V, do novo Código Civil é anulável o casamento realizado por procuração quando o outorgado estivesse de boa-fé utilizando um mandato já revogado, antes da celebração, sem seu conhecimento. Entretanto, tal anulação não poderá ser almejada se, após o ato solene, tiver sobrevindo coabitação entre os cônjuges.

O art. 1.552 do novo Código Civil dá legitimidade ativa para propositura da ação anulatória de casamento celebrado por menores de dezesseis anos, ao próprio cônjuge menor, seus representantes legais e seus ascendentes.

Entretanto, olvidou o legislador ao redigir tal artigo que, uma vez casado, o menor adquire a capacidade plena (emancipação em virtude do casamento) e, assim, antes mesmo da aquisição da idade núbil poderá postular a anulação de seu respectivo casamento.

O novo Código, lastreado no princípio da igualdade entre os cônjuges, não prevê a possibilidade de anulação do casamento por ausência da virgindade da mulher. Aliás e à luz do Código Civil anterior, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, após o advento da atual Constituição Federal, já havia repellido tal pretensão.

O art. 1.561 trata do casamento putativo, em atenção à boa-fé dos cônjuges, protegendo a união e dando-lhe todos os efeitos civis do casamento válido, embora anulável ou mesmo nulo, evidentemente até a sentença de declaração de nulidade.

O casamento putativo 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.

No projeto de modificação do novo Código Civil, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, poderá ser acrescentado o parágrafo terceiro no art. 1.561 para que o casamento putativo seja também considerado com relação ao cônjuge coato. É que, como sabido, os efeitos da putatividade só aproveitam ao cônjuge de boa-fé, isto é, o que ignorava o vício ou o defeito que originou a invalidade do casamento. Portanto, o cônjuge coato, como vítima que foi da coação não poderia alegar que não conhecia o vício.

Portanto e se acrescentado o parágrafo terceiro ao art. 1561, o cônjuge coato será equiparado ao cônjuge de boa-fé, como ocorre no direito alemão, italiano e português. O § 3º a ser acrescentado ao art. 1.561 terá a seguinte redação: **"Os efeitos mencionados no caput deste artigo se estendem ao cônjuge coato"**.

A sentença anulatória do casamento é de caráter constitutivo, eis que apenas dissolve o matrimônio existente. Produz efeito para frente ("ex nunc").

6 - EFICÁCIA E DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Pelo art. 1.511 extrai-se a atual conceituação do casamento que tem por finalidade estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Complementando a conceituação jurídica do casamento, o artigo 1.565 do novo Código dispõe que, por intermédio dele, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Verifica-se que sepultado se encontra, de vez, a chefia da sociedade conjugal em nome apenas do marido, bem como o exercício do pátrio-poder (agora poder familiar), apenas pelo homem, posto que o artigo 1.567 estabelece que compete tanto ao homem como a mulher à direção da sociedade conjugal, em mútua colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos. Havendo divergência, a parte discordante poderá recorrer à solução judicial.

Entretanto, se impossível for à comunhão de vida, a sociedade conjugal poderá ser desfeita pela separação judicial ou divórcio (art. 1.571), mantidos pelo novo Código Civil, que também ratifica legislação anterior a determinar que o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio (art. 1.571, § 1).

O art. 1.574 prevê a possibilidade da separação judicial consensual. Entretanto, exige que o casamento tenha a duração mínima de 01 (um) ano. Assim, o prazo de 02 anos do artigo 4º da Lei do Divórcio foi reduzido.

Tal dispositivo legal está para ser modificado no projeto do Deputado Ricardo Fiúza, passando a ter a seguinte redação e acabando, de vez, com prazo mínimo para a decretação da separação consensual: **"Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, manifestado perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção."**

Pelo parágrafo único do art. 1.574, repetindo o § 2º do artigo 34 da Lei do Divórcio, o juiz pode recusar a homologação da separação se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

O novo Código mantém a chamada separação-remédio em seu art. 1.572, § 2º. Porém, reduziu o prazo que antes era de 05 anos para apenas 02 (dois) anos. Assim, o cônjuge poderá pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 2 (dois) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Na separação chamada litigiosa ainda foi mantida a necessidade de identificação de um culpado para que a mesma possa ser concedida. Por conseguinte, somente se à parte autora imputar à parte ré conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento, demonstrando que daí resulta insuportável a vida em comum, será possível a propositura da chamada separação-sanção (art. 1.572).

Os motivos que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida e que autorizam o ajuizamento da ação de separação estão previstos no art. 1.573, itens I a VI. São eles: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante e conduta desonrosa.

Entretanto, após descrever os motivos ensejadores da separação litigiosa, o parágrafo único do art. 1573 permite ao juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. Portanto, a tipificação legal é meramente exemplificativa.

Com relação ao abandono voluntário do lar, durante um ano contínuo, também há proposta de modificação pelo Deputado Ricardo Fiúza. Na verdade, persistirá, se aprovado, apenas o abandono voluntário do lar conjugal, independentemente de prazo, já que **"a exigência de duração do abandono do lar por um ano, para possibilitar o pedido de separação judicial culposa está em contradição com os requisitos da união estável, que possibilitam sua constituição diante de separação de fato no casamento de um dos conviventes (art. 1.723, § 1º); deste modo, o cônjuge pode, separado de fato, constituir união estável, mas não lhe é possibilitada a propositura de ação de separação judicial para buscar a regularização de seu estado civil, se abandonado por período inferior a um ano"**, conforme consta da justificativa apresentada pelo próprio Relator, Deputado Ricardo Fiúza, de número 72.

Inovação ocorre, na separação e no divórcio, com relação ao uso do nome. O novo Código faculta a qualquer dos cônjuges acrescentar ao seu nome o sobrenome do outro (parágrafo único do art. 1.565). Entretanto, o cônjuge culpado na separação perde este direito (art. 1.578), desde que esta seja a vontade do vencedor da ação. Porém, mesmo havendo esta oposição, é possível o cônjuge culpado continuar com o sobrenome do outro se demonstrado evidente prejuízo para a sua identificação ou manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havido da união dissolvida ou, ainda, dano grave reconhecido na decisão judicial.

Com o novo Código houve um certo abrandamento no tocante a voltar o cônjuge culpado a usar o nome de solteiro, já que o artigo 17 da Lei do Divórcio determinava a perda do nome sem qualquer ressalva, se vencida a mulher na ação de separação.

No tocante ao divórcio, o artigo 1.581 permite sua decretação sem que haja prévia partilha de bens. Entretanto, já há entendimento no sentido que tal dispositivo legal se refere apenas ao chamado divórcio direito. Aderimos a tal posição, eis que o divórcio conversão é tratado no artigo anterior e quisesse o legislador referir a ele, bastava abrir mais um parágrafo naquele dispositivo, que já possui dois outros (art. 1580).

7 - PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS

Na verdade nenhuma novidade trouxe o novo Código com relação à proteção dos filhos. De prevalecer, nesta matéria, sempre, o interesse do menor. A guarda será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la entre o casal (art. 1584) e, inclusive, poderá ser deferida as outras pessoas, levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade.

Por outro lado, por se tratar de realidade dinâmica, seja a guarda provisória ou definitiva, poderá a mesma ser modificada a qualquer tempo, sempre buscando o "melhor interesse" da criança.

Portanto e principalmente com relação à pessoa dos filhos, o novo Código fez mera transposição de jurisprudência.

No projeto de modificação do novo Código, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza e acatando sugestão do IBDFAM, ao artigo 1.583 será acrescentado o parágrafo único, admitindo a guarda conjunta ou compartilhada. Tal artigo terá a seguinte redação: **"A guarda poderá ser conjunta ou compartilhada, se preservar os interesses dos filhos"**.

8 - CONCLUSÃO.

Como visto o novo Código Civil já nasceu velho, razão de estar sendo rotulado, corretamente, de o **FILHO TARDIO DA MODERNIDADE**⁵. Vários assuntos importantes foram olvidados, a exemplo da união homoafetiva ou mantidos, como a ainda perquirição de culpa na separação litigiosa.

Verificados os equívocos, apressa-se, agora, a aprovar lei modificando vários artigos do ainda não vigente Código Civil. Diante de tal postura, urge que a vigência do novo Código Civil seja sobrestada, até que aprovadas as necessárias alterações sugeridas, já que as propostas de modificações atingem inúmeros artigos, iniciando-se no 2º e terminando-se no 2.045.

Depois e mesmo com o advento do novo Código, com ou sem as indispensáveis alterações, dúvidas ainda persistirão acerca da revogação ou não de diversas leis extravagantes, principalmente na seara do Direito de Família.

A dúvida persiste principalmente com relação à Lei do Divórcio, que contém em seu ventre regras de direito material e processual.

A Desembargadora no Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias afirma que **"diante dessa concorrência normativa, cabe questionar se o novel estatuto, quando de sua entrada em vigor, acabará ou não por derrogar a Lei do Divórcio, ficando a disciplina da separação e do divórcio regulada exclusivamente no Código Civil."**

⁵ FACHIN, Rosana. Da Filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 111.

A mesma jurista antes citada conclui acerca da indagação por ela posta da seguinte maneira: **"Ainda que minguidos os números de disposições que regulam o divórcio, não há como deixar de reconhecer que, quando entrar em vigor o novo estatuto civil, a Lei do Divórcio sumirá do direito positivo brasileiro"**.⁶

Entretanto, várias matérias de ordem processual estão inseridas na Lei do Divórcio que terá sobrevida, enquanto não ocorrer reforma no Código de Processo Civil, incluído-as. Portanto, persistirão os dois instrumentos legais (Código Civil e Lei do Divórcio), evidentemente no que não forem incompatíveis, hipóteses em que, se ocorrer e por princípio de interpretação, prevalecerá o Código Civil (por ser posterior), mesmo no que se refere às leis processuais.

Depois, ao art. 2045, "Das disposições finais e transitórias" do novo Código Civil revogou, expressamente, apenas o Código Civil anterior e a parte primeira do Código Comercial. E o art. 2043 daquela parte derradeira da novel legislação civilística é taxativo: **"até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código."**

Ainda acerca de revogação de leis, de ver-se que o novo Código Civil, ao contrário do anterior, não possui Lei de Introdução. Assim e considerando que várias matérias entranhadas naquela legislação não constam do novo Código, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro também persistirá.

FIM

⁶ DIAS, Maria Berenice. Da Separação e do Divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 78.