

Carlos Roberto Gonçalves

DIREITO CIVIL BRASILEIRO

6

**Direito
de Família**

 **Editora
Saraiva**

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO ÚNICO DIREITO DE FAMÍLIA

Sumário: 1. Noção de direito de família. 2. Conteúdo do direito de família. 3. Princípios do direito de família. 4. Natureza jurídica do direito de família. 5. Família e casamento. 6. Evolução histórica do direito de família. 7. O direito de família na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002.

1. Noção de direito de família

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo.

Lato sensu, o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. Segundo JOSSERAND, este primeiro sentido é, em princípio, “o único verdadeiramente jurídico, em que a família deve ser entendida: tem o valor de um grupo étnico, intermédio entre o indivíduo e o Estado”¹. Para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau.

As leis em geral referem-se à família como um núcleo mais restrito, constituído pelos pais e sua prole, embora esta não seja essencial à sua configuração. É a denominada *pequena família*, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial: pai, mãe e filhos², correspondendo ao que os romanos denominavam *domus*. Trata-se de instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a

intenção de estabelecerem uma comunhão de vidas e, via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e seu patrimônio.

Identificam-se na sociedade conjugal estabelecida pelo casamento três ordens de vínculos: o *conjugal*, existente entre os cônjuges; o de *parentesco*, que reúne os seus integrantes em torno de um tronco comum, descendendo uns dos outros ou não; e o de *afinidade*, estabelecido entre um cônjuge e os parentes do outro. O direito de família regula exatamente as relações entre os seus diversos membros e as consequências que delas resultam para as pessoas e bens. O objeto do direito de família é, pois, o complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que se origina do entrelaçamento das múltiplas relações estabelecidas entre os componentes da entidade familiar³.

2. Conteúdo do direito de família

Os direitos de família, como foi dito, são os que nascem do fato de uma pessoa pertencer a determinada família, na qualidade de cônjuge, pai, filho etc. Contrapõem-se aos direitos patrimoniais, por não terem valor pecuniário. Distinguem-se, nesse aspecto, dos direitos das obrigações, pois caracterizam-se pelo *fim ético e social*. Embora sejam também direitos *relativos*, não visam uma certa atividade do devedor, mas envolvem a inteira pessoa do sujeito passivo. A infração aos direitos obrigacionais resolve-se em perdas e danos, enquanto a violação dos direitos de família tem sanções bem diversas: suspensão ou extinção do poder familiar, dissolução da sociedade conjugal, perda de direito a alimentos etc.⁴

Podem os direitos de família, todavia, ter um conteúdo patrimonial, ora assemelhando-se às obrigações, como nos alimentos (CC, art. 1.694), ora tendo o tipo dos direitos reais, como no usufruto dos bens dos filhos (art. 1.689). Na realidade, tal acontece apenas indiretamente, como nos exemplos citados e ainda no tocante ao regime de bens entre cônjuges ou conviventes e à administração dos bens dos incapazes, em que apenas aparentemente assumem a fisionomia de direito real ou obrigacional.

O direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, têm, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele⁵.

Conforme a sua finalidade ou o seu objetivo, as normas do direito de família ora regulam as *relações pessoais* entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as *relações patrimoniais* que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e

pupilo; ora finalmente assumem a direção das *relações assistenciais*, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores em que o direito de família atua⁶.

O Código Civil de 2002 destina o Livro IV da Parte Especial ao direito de família. Trata, em primeiro lugar, sob o título “Do direito pessoal”, das regras sobre o *casamento*, sua celebração, validade e causas de dissolução, bem como da proteção da pessoa dos filhos. Em seguida, dispõe sobre as *relações de parentesco*, enfatizando a igualdade plena entre os filhos consolidada pela Constituição Federal de 1988.

No segundo título (“Do direito patrimonial”), cuida do direito patrimonial decorrente do casamento, dando ênfase ao *regime de bens* e aos *alimentos* entre parentes, cônjuges e conviventes. Disciplina, também, o *usufruto* e a *administração dos bens de filhos menores*, bem como o *bem de família*, que foi deslocado da Parte Geral, Livro II, concernente aos bens, onde se situava no Código de 1916.

O Título III é dedicado à *união estável* e seus efeitos, como inovação e consequência de seu reconhecimento como entidade familiar pela Constituição Federal (art. 226, § 3º). Em cinco artigos o novo diploma incorporou os princípios básicos das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, que agora têm caráter subsidiário. Trata, nesses dispositivos, dos aspectos pessoais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório. Em face da equiparação do referido instituto ao casamento, aplicam-se-lhe os mesmos princípios e normas atinentes a alimentos entre cônjuges.

Por fim, no Título IV, o Código de 2002 normatiza os institutos protetivos da *tutela* e da *curatela*, a exemplo do Código de 1916. A *ausência*, que neste último diploma situava-se no livro “Do direito de família”, foi todavia deslocada para a Parte Geral do novo, onde encontra sua sede natural.

Nessa sistematização, destacam-se os institutos do casamento, da filiação, do poder familiar, da tutela, da curatela, dos alimentos e da união estável. O *casamento*, pelos seus efeitos, é o mais importante de todos. Embora existam relações familiares fora do casamento, ocupam estas plano secundário e ostentam menor importância social. O casamento é o centro, o foco de onde irradiam as normas básicas do direito de família, sendo estudado em todos os seus aspectos, desde as formalidades preliminares e as de sua celebração, os seus efeitos nas relações entre os cônjuges, com a imposição de direitos e deveres recíprocos, e nas de caráter patrimonial, com o estabelecimento do regime de bens, até a sua invalidade por falta de pressupostos fáticos, nulidade e anulabilidade, além da questão da dissolução da sociedade conjugal, com a separação judicial e o divórcio⁷.

A condição jurídica dos filhos assume também significativo relevo no direito de família. O instituto da *filiação* sofreu profunda modificação com a nova

ordem constitucional, que equiparou, de forma absoluta, em todos os direitos e qualificações, os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibindo qualquer designação discriminatória (CF, art. 227, § 6º). A qualificação dos filhos envolve questões de suma importância, ligadas à contestação da paternidade e à investigação da paternidade e da maternidade.

A proteção da pessoa dos filhos subordinados à autoridade paterna constitui dever decorrente do *poder familiar*, expressão esta considerada mais adequada que “pátrio poder”, utilizada pelo Código de 1916. Uma inovação foi a retirada de toda a seção relativa ao pátrio poder quanto aos bens dos filhos, constante deste último diploma, transferindo-a para o Título II, destinado ao direito patrimonial no novo Código, com a denominação “Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores” (Subtítulo II). Trata-se, todavia, de matéria relativa ao poder familiar.

Os institutos de proteção ou assistência desdobram-se em *tutela* dos menores que se sujeitam à autoridade de pessoas que não são os seus genitores, e *curatela*, que, embora não se relacione com o instituto da filiação, é regulada no direito de família pela semelhança com o sistema assistencial dos menores.

No tocante aos *alimentos*, o Código Civil de 2002 traça regras que abrangem os devidos em razão do parentesco, do casamento e também da união estável, trazendo, como inovação, a transmissibilidade da obrigação aos herdeiros (art. 1.700), dispondo de forma diversa do art. 402 do diploma de 1916. A obrigação alimentar alcança todos os parentes na linha reta. Na linha colateral, porém, limita-se aos irmãos, assim germanos como unilaterais (arts. 1.696 e 1.697).

A *união estável*, como foi dito, mereceu destaque especial, sendo disciplinada em título próprio (Título III), em seus aspectos pessoais e patrimoniais. O direito a alimentos e os direitos sucessórios dos companheiros são tratados, todavia, respectivamente, no subtítulo concernente aos alimentos e no Livro V, concernente ao “Direito das sucessões”.

3. Princípios do direito de família

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais.

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade. Rege-se o novo direito de família pelos seguintes princípios:

- a) *Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana*, como decorrência

do disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal. Verifica-se, com efeito, do exame do texto constitucional, como assinala GUSTAVO TEPEDINO, que “a milenar proteção da família como o instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”. De outra forma, aduz, “não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (art. 226, § 3º) e às famílias monoparentais (art. 226, § 4º); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (art. 226, § 6º); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º)”⁸.

O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania”. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: “Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da *dignidade da pessoa humana*, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas”⁹.

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227)¹⁰.

b) *Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros*, no que tange aos seus direitos e deveres, estabelecido no art. 226, § 5º, da Constituição Federal, *verbis*: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.

O art. 233 do Código Civil de 1916 proclamava que o *marido* era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a administração dos bens comuns e

particulares da mulher, o direito de fixar o domicílio da família e o dever de prover à manutenção desta. Todos esses direitos são agora exercidos pelo casal, em sistema de coestância, devendo as divergências ser solucionadas pelo juiz (CC, art. 1.567, parágrafo único). O dever de prover à manutenção da família deixou de ser apenas um encargo do marido, incumbindo também à mulher, de acordo com as possibilidades de cada qual (art. 1.568).

O diploma de 1916 tratava dos direitos e deveres do marido e da mulher em capítulos distintos, porque havia algumas diferenças. Em virtude, porém, da isonomia estabelecida no dispositivo constitucional retrotranscrito, o novo Código Civil disciplinou somente os direitos de ambos os cônjuges, afastando as referidas diferenças.

c) *Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos*, consubstanciado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O dispositivo em apreço estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações (CC, arts. 1.596 a 1.629).

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

d) *Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar*. Dispõe o art. 226, § 7º, da Constituição Federal que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros. A Lei n. 9.253/96 regulamentou o assunto, especialmente no tocante à responsabilidade do Poder Público. O Código Civil de 2002, no art. 1.565, traçou algumas diretrizes, proclamando que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal” e que é “vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas”.

e) *Princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes*, como prevê o art. 1.511 do Código Civil. Tal dispositivo tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir. Demonstra a intenção do legislador de torná-lo mais humano. Como assinala GUSTAVO TEPEDINO¹¹, com a Carta de 1988 “altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos — tendo por origem não apenas o casamento — e

inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros”.

Priorizada, assim, a convivência familiar, ora nos defrontamos com o grupo fundado no casamento ou no companheirismo, ora com a família monoparental sujeita aos mesmos deveres e tendo os mesmos direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente outorgou, ainda, direitos à família substituta. Os novos rumos conduzem à família socioafetiva, onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais¹². Nessa linha, a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio tende a ser uma consequência da extinção da *affectio*, e não da culpa de qualquer dos cônjuges.

O princípio ora comentado é reforçado pelo art. 1.513 do Código Civil, que veda a qualquer pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado, a interferência na comunhão de vida instituída pela família.

f) *Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar*, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, como dispõe o supramencionado art. 1.513 do Código Civil. Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família¹³.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar, instituído pela Constituição de 1988 no art. 226, § 3º, retrotranscrito, e sua regulamentação pelo novo Código Civil possibilitam essa opção aos casais que pretendem estabelecer uma comunhão de vida baseada no relacionamento afetivo. A aludida Carta Magna alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com seus filhos. Esse redimensionamento, “calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou--se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação”¹⁴.

4. Natureza jurídica do direito de família

Já foi dito que a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”. É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser

revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvem relações familiares.

Este aspecto é destacado por JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA: “No Direito de Família, há um acentuado predomínio das normas imperativas, isto é, normas que são inderrogáveis pela vontade dos particulares. Significa tal inderrogabilidade que os interessados não podem estabelecer a ordenação de suas relações familiares, porque esta se encontra expressa e imperativamente prevista na lei (*ius cogens*). Com efeito, não se lhes atribui o poder de fixar o conteúdo do casamento (por exemplo, modificar os deveres conjugais, art. 231); ou sujeitar a termo ou condição o reconhecimento do filho (art. 361); ou alterar o conteúdo do pátrio poder (art. 384)”¹⁵.

Os dispositivos legais citados são do Código Civil de 1916, cabendo ainda observar que a expressão “pátrio poder” foi substituída, no novo diploma, por “poder familiar”.

Ao regular as bases fundamentais dos institutos do direito de família, o ordenamento visa estabelecer um regime de certeza e estabilidade das relações jurídicas familiares. PONTES DE MIRANDA enfatiza essa característica, afirmando que “a grande maioria dos preceitos de direitos de família é composta de *normas cogentes*. Só excepcionalmente, em matéria de regime de bens, o Código Civil deixa margem à *autonomia da vontade*”¹⁶.

Embora em alguns outros casos a lei conceda liberdade de escolha e decisão aos familiares, como nas hipóteses mencionadas no item anterior (livre decisão do casal no planejamento familiar, livre aquisição e administração do patrimônio familiar, liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole e livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família), a disponibilidade é relativa, limitada, como sucede também no concernente aos alimentos, não se considerando válidas as cláusulas que estabelecem a renúncia definitiva de alimentos, mormente quando menores ou incapazes são os envolvidos.

Em razão da importância social de sua disciplina, predominam no direito de família, portanto, as normas de ordem pública, impondo antes deveres do que direitos. Todo o direito familiar se desenvolve e repousa, com efeito, na ideia de que os vínculos são impostos e as faculdades conferidas não tanto para atribuir direitos quanto para impor deveres. Não é principalmente “o interesse individual, com as faculdades decorrentes, que se toma em consideração. Os direitos, embora assim reconhecidos e regulados na lei, assumem, na maior parte dos casos, o caráter de deveres”¹⁷.

Daí por que se observa uma intervenção crescente do Estado no campo do direito de família, visando conceder-lhe maior proteção e propiciar melhores condições de vida às gerações novas. Essa constatação tem conduzido alguns doutrinadores a retirar do direito privado o direito de família e incluí-lo no direito público. Outros preferem classificá-lo como direito *sui generis* ou “direito social”.

Malgrado as peculiaridades das normas do direito de família, o seu correto lugar é mesmo junto ao direito privado, no ramo do direito civil, em razão da finalidade tutelar que lhe é inerente, ou seja, da natureza das relações jurídicas a que visa disciplinar. Destina-se, como vimos, a proteger a família, os bens que lhe são próprios, a prole e interesses afins. Como assinala ARNALDO RIZZARDO, a íntima aproximação do direito de família “ao direito público não retira o caráter privado, pois está disciplinado num dos mais importantes setores do direito civil, e não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão. As relações adstringem-se às pessoas físicas, sem obrigar o ente público na solução dos litígios. A proteção às famílias, à prole, aos menores, ao casamento, aos regimes de bens não vai além de mera tutela, não acarretando a responsabilidade direta do Estado na observância ou não das regras correspondentes pelos cônjuges ou mais sujeitos da relação jurídica”¹⁸.

A doutrina em geral comunga desse entendimento, sendo de destacar a manifestação de PONTES DE MIRANDA: “Sob esse título, os Códigos Civis modernos juntam normas de direito que não pertencem, rigorosamente, ao direito civil: ora concernem ao direito público, ora ao comercial, ora ao penal e ao processual. Esses acréscimos não alteram, todavia, o seu caráter preponderante de direito civil”¹⁹.

Efetivamente, alguns dos princípios integrantes do direito de família, por concernirem a relações pessoais entre pais e filhos, entre parentes consanguíneos ou afins, formam os denominados *direitos de família puros*. Outros envolvem relações tipicamente patrimoniais, com efeitos diretos ou indiretos dos primeiros, e se assemelham às relações de cunho obrigacional ou real, cuja preceituação atraem e imitam²⁰.

Uma outra característica dos direitos de família é a sua *natureza personalíssima*: são direitos irrenunciáveis e intransmissíveis por herança. Desse modo, “ninguém pode transferir ou renunciar sua condição de filho. O marido não pode transmitir seu direito de contestar a paternidade do filho havido por sua mulher; ninguém pode ceder seu direito de pleitear alimentos, ou a prerrogativa de demandar o reconhecimento de sua filiação havida fora do matrimônio”²¹.

Preleciona MESSINEO que “o caráter peculiar do direito de família é demonstrado, além do mais, pelo exercício do direito ou do poder, da parte do sujeito que é dele investido; não é preordenado para a satisfação de um interesse do próprio sujeito, mas para atender à necessidade de satisfazer certos interesses gerais (a interdição, a inabilitação, impedimento matrimonial, etc.); o que ainda melhor é confirmado pelo fato de ser o poder exercido pelo Ministério Público”²².

5. Família e casamento

O Código Civil de 1916 proclamava, no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Os filhos que não procediam de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei, podendo ser *naturais* e *espúrios*. Os primeiros eram os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial. Os espúrios eram os nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em *adulterinos* e *incestuosos*. Somente os filhos naturais podiam ser reconhecidos, embora apenas os legitimados pelo casamento dos pais, após sua concepção ou nascimento, fossem em tudo equiparados aos legítimos (art. 352).

O art. 358 do mencionado Código Civil de 1916 proibia, no entanto, expressamente, o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos. O aludido dispositivo só foi revogado em 1989 pela Lei n. 7.841, depois que a Constituição Federal de 1988 proibiu, no art. 227, § 6º, qualquer designação discriminatória relativa à filiação, proclamando a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento.

Antes mesmo da nova Carta, no entanto, aos poucos, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum (STF, Súmula 380). As restrições existentes no Código Civil passaram a ser aplicadas somente aos casos de *concubinato adulterino*, em que o homem vivia com a esposa e, concomitantemente, mantinha concubina. Quando, porém, encontrava-se separado de fato da esposa e estabelecia com a concubina um relacionamento *more uxorio*, isto é, de marido e mulher, tais restrições deixavam de ser aplicadas, e a mulher passava a ser chamada de *companheira*.

As soluções para os conflitos pessoais e patrimoniais surgidos entre os que mantinham uma comunhão de vida sem casamento eram encontradas, todavia, fora do direito de família. A mulher abandonada fazia jus a uma indenização por serviços prestados, baseada no princípio que veda o enriquecimento sem causa. Muitas décadas “foram necessárias para que se vencessem os focos de resistência e prevalecesse uma visão mais socializadora e humana do direito, até se alcançar o reconhecimento da própria sociedade concubinária como fato apto a gerar direitos, ainda que fora do âmbito familiar, datando de meados do século passado a consolidação desse entendimento”²³.

Ao longo do século XX, as transformações sociais foram gerando uma sequência de normas que alteraram, gradativamente, a feição do direito de família brasileiro, culminando com o advento da Constituição Federal de 1988.

Esta alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com os seus filhos. Esse redimensionamento, “calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação”²⁴.

Assinala, a propósito, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE que a singeleza ilusória de apenas dois artigos, os arts. 226 e 227 da Constituição Federal, “gerou efeitos devastadores numa ordem jurídica, do Direito de Família, que se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência do Direito Canônico”²⁵. O citado art. 227, aduz, redimensionou a ideia de filiação, enquanto o art. 226 incluiu no plano constitucional o conceito de entidade familiar, “quer decorrente da união estável entre homem e mulher, quer daquele oriundo da comunidade entre qualquer dos pais e seus descendentes, previsto no art. 226, § 4º, da Constituição Federal. O novo e instigante dispositivo constitucional reconheceu a existência das ‘famílias monoparentais’, que passam, a partir de então, a ser protegidas pelo Estado. Ao lado do casamento (legalizado), o constituinte reconheceu a união livre (não legalizada), e entre os dois extremos vaga, indefinida, a noção de ‘família monoparental’, ainda aguardando integral definição, estruturação e limites pela legislação infraconstitucional”.

Ao reconhecer como família a união estável entre um homem e uma mulher, a Carta Magna conferiu juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Todavia, somente em 29 de dezembro de 1994 é que surgiu a primeira lei (Lei n. 8.971) regulando a previsão constitucional, mas que se revelou tímida. Em 10 de maio de 1996 surgiu a Lei n. 9.278, com maior campo de abrangência, já que não quantificou prazo de convivência e albergou as relações entre pessoas somente separadas de fato, gerando a presunção de que os bens adquiridos são fruto do esforço comum²⁶.

Finalmente, o Código Civil de 2002 inseriu título referente à união estável no Livro de Família, incorporando, em cinco artigos, os princípios básicos das aludidas leis, que têm agora caráter subsidiário, tratando, nesses artigos, dos aspectos pessoais e patrimoniais.

Verifica-se, assim, que a Constituição Federal, alterando o conceito de família, impôs novos modelos. Embora a família continue a ser a base da sociedade e a desfrutar da especial proteção do Estado, não mais se origina apenas do casamento, uma vez que, a seu lado, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes²⁷.

6. Evolução histórica do direito de família

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.

Com o tempo, a severidade das regras foi atenuada, conhecendo os romanos o casamento *sine manu*, sendo que as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos. Com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares)²⁸.

Em matéria de casamento, entendiam os romanos necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio. Os canonistas, no entanto, opuseram-se à dissolução do vínculo, pois consideravam o casamento um sacramento, não podendo os homens dissolver a união realizada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*.

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica.

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidez.

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando “a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento”²⁹.

7. O direito de família na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência.

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”³⁰.

A nova Carta abriu ainda outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família (art. 226, §§ 7º e 8º). No tocante ao planejamento familiar, o constituinte enfrentou o problema da limitação da natalidade, fundando-se nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, proclamando competir ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Não desconsiderando o crescimento populacional desordenado, entendeu, todavia, que cabe ao casal a escolha dos critérios e dos modos de agir, “vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou particulares” (art. 226, § 7º)³¹.

Quanto à assistência direta à família, estabeleceu-se que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º). Nessa consonância, incumbe a todos os órgãos, instituições e categorias sociais envidar esforços e empenhar recursos na efetivação da norma constitucional, na tentativa de afastar o fantasma da miséria absoluta que ronda considerável parte da população nacional.

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a cor-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar³².

O Código de 2002 destina um título para reger o *direito pessoal*, e outro para a disciplina do *direito patrimonial* da família. Desde logo enfatiza a igualdade dos cônjuges (art. 1.511), materializando a paridade no exercício da sociedade conjugal, redundando no *poder familiar*, e proíbe a interferência das pessoas jurídicas de direito público na comunhão de vida instituída pelo casamento (art. 1.513), além de disciplinar o regime do casamento religioso e seus efeitos.

O novo diploma amplia, ainda, o conceito de família, com a regulamentação da *união estável* como entidade familiar; revê os preceitos pertinentes à contestação, pelo marido, da *legitimidade do filho* nascido de sua mulher, ajustando-se à jurisprudência dominante; reafirma a *igualdade entre os filhos* em direitos e qualificações, como consignado na Constituição Federal; atenua o princípio da *imutabilidade do regime de bens* no casamento; limita o parentesco, na linha colateral, até o *quarto grau*, por ser este o limite estabelecido para o direito sucessório; introduz novo regime de bens, em substituição ao regime dotal, denominado regime de *participação final nos aquestos*; confere nova disciplina à matéria de *invalidade do casamento*, que corresponde melhor à natureza das coisas; introduz nova disciplina do *instituto da adoção*, compreendendo tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos; regula a dissolução da sociedade conjugal, revogando tacitamente as normas de caráter material da Lei do Divórcio, mantidas, porém, as procedimentais; disciplina a *prestação de alimentos* segundo nova visão, abandonando o rígido critério da mera garantia dos meios de subsistência; mantém a instituição do *bem de família* e procede a uma revisão nas normas concernentes à tutela e à curatela, acrescentando a hipótese de curatela do enfermo ou portador de deficiência física, dentre outras alterações.

As inovações mencionadas dão uma visão panorâmica das profundas modificações introduzidas no direito de família, que serão objeto de detidos estudos no desenvolvimento desta obra.

Frise-se, por fim, que as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a *função social* da família no direito brasileiro, a partir especialmente

da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente (antes da aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010) ou divorciados, de contribuírem, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc.

1 *Derecho civil*, t. I, v. II, p. 4.

2 José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *Direito de família*, p. 9.

3 Cunha Gonçalves, *Direitos de família e direitos das sucessões*, p. 10; Ricardo Pereira Lira, Breve estudo sobre as entidades familiares, in *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 25; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 32. ed., v. 2, p. 1.

4 Cunha Gonçalves, *Direitos de família*, cit., p. 8-9.

5 Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 5, p. 3-4.

6 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. 5, p. 33.

7 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 5, p. 34.

8 A disciplina civil-constitucional das relações familiares, in *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 48-49.

9 Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social, *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 16, p. 5-6.

10 Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., v. 5, p. 21.

11 A disciplina civil-constitucional, cit., p. 50.

12 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 5, p. 6.

13 Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., v. 5, p. 21.

14 Ivone Coelho de Souza e Maria Berenice Dias, Famílias modernas: (Inter)secções do afeto e da lei, *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 8, p. 65.

15 *Direito de família*, cit., p. 17.

16 *Tratado de direito de família*, v. I, p. 71.

- 17 Eduardo Espínola, *A família no direito civil brasileiro*, p. 14, n. 3.
- 18 *Direito de família*, p. 6.
- 19 *Tratado de direito de família*, cit., v. 1, p. 70.
- 20 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 5, p. 31.
- 21 Silvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 6, p. 14.
- 22 *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. 1, p. 400.
- 23 Heloisa Helena Barboza, O direito de família brasileiro no final do século XX, in *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 102.
- 24 Ivone Coelho de Souza e Maria Berenice Dias, *Famílias modernas*, cit., v. 8, p. 65.
- 25 *Famílias monoparentais*, p. 7-8.
- 26 Ivone Coelho de Souza e Maria Berenice Dias, *Famílias modernas*, cit., v. 8, p. 66.
- 27 Heloisa Helena Barboza, O direito de família, cit., p. 104.
- 28 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 5, p. 26-27; Arnaldo Wald, *O novo direito de família*, p. 10-12.
- 29 Arnaldo Rizzardo, *Direito de família*, cit., p. 7-8.
- 30 Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, *Direito de família e o novo Código Civil*, Prefácio.
- 31 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 5, p. 37.
- 32 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 5, p. 39.

DO DIREITO PESSOAL

TÍTULO I DO CASAMENTO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Sumário: 1. Conceito. 2. Natureza jurídica. 3. Caracteres do casamento. 4. Finalidades do casamento.

1. Conceito

O casamento, como todas as instituições sociais, varia com o tempo e os povos. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹ afirma não existir, provavelmente, em todo o direito privado instituto mais discutido. Enquanto numerosos filósofos e literatos o defendem, chamando-o de “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada” ou “a grande escola fundada pelo próprio Deus para a educação do gênero humano”, outros o condenam, censurando-lhe a constituição e a finalidade, como SCHOPENHAUER, para quem, “em nosso hemisfério monógamo, casar é perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres”.

Inúmeras são as definições de casamento apresentadas pelos escritores, a partir da de MODESTINO, da época clássica do direito romano, muitas delas refletindo concepções ou tendências filosóficas ou religiosas. A aludida definição é do século III e reflete as ideias predominantes no período clássico: *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*, ou seja, casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano.

Essa noção um tanto grandiosa e sacramental desfigurou-se com o tempo e com a evolução dos costumes, desaparecendo a alusão ao direito divino e a referência à perenidade do consórcio de vidas na definição atribuída a ULPIANO, encontrada nas *Institutas* de JUSTINIANO: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens*.

O Cristianismo, como obtempera CAIO MÁRIO, elevou o casamento à dignidade de um sacramento, pelo qual “um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual (*caro una, uma só carne*), e de maneira indissolúvel (*quos Deus coniunxit, homo non separet*)”².