

CURSO DE DIREITO CIVIL

Fábio Ulhoa Coelho

FAMÍLIA • SUCESSÕES

5ª edição

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

CURSO DE DIREITO CIVIL

FAMÍLIA • SUCESSÕES

5

5ª edição
revista e atualizada
2012



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP

CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR:
0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14)

3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ / PIAUÍ / MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85)

3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –

Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e
Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

– Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS / TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone:
(62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –

Goiânia

MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682

– Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-

8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91)

3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho

– Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81)

3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16)

3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel

– Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-

9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51)
3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11)
3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15961-7

Coelho, Fábio Ulhoa
Curso de direito civil, família,
sucessões, volume 5 /
Fábio Ulhoa Coelho. – 5. ed.
rev. e atual. – São Paulo :
Saraiva, 2012.

Bibliografia

1. Direito civil 2. Direito civil -
Brasil I. Título.

CDU-347

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito civil 347

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria
Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Raquel Benchimol
de Oliveira Rosenthal

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de
Freitas / Mônica Landi

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati /
Ivani A. M. Cazarim

Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro / Maria
Cecília Coutinho Martins

Capa Roney Camelo

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição:
21-11-2011

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Para *Bachir Haidar Jorge*

ÍNDICE

SÉTIMA PARTE DIREITO DE FAMÍLIA

CAPÍTULO 55 INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA

1. As famílias
2. Modelos de família
3. O direito de família
4. Classificação das famílias
5. Relações de parentesco
6. Bem de família

CAPÍTULO 56 CASAMENTO

1. Introdução

1.1. Espécies de casamento: heterossexual e homossexual

1.2. Objetivos do casamento

2. A condição da mulher no casamento heterossexual

3. Premissas fundamentais do casamento

3.1. Capacidade

3.2. Impedimentos

3.3. Causas suspensivas

4. Constituição do vínculo conjugal

4.1. Habilitação

4.2. Celebração

4.3. Ritos especiais

4.4. Prova do casamento

4.5. Responsabilidade civil do noivo desistente

5. Efeitos do casamento

6. Deveres dos cônjuges

7. Invalidade do casamento

7.1. Casamento nulo e anulável

7.2. Diferenças entre nulidade e anulabilidade do casamento

7.3. Casamento putativo

8. Natureza do casamento

CAPÍTULO 57

OS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO

1. Os bens dos cônjuges

2. A comunhão de bens

2.1. Atos que dependem da autorização do outro
cônjuge

2.2. Atos que podem ser praticados separadamente

2.3. Espécies de comunhão

2.3.1. Comunhão universal

2.3.2. Comunhão parcial

2.3.3. Participação final nos aquestos

3. A separação absoluta de bens

4. Pacto antenupcial

5. Alteração do regime

CAPÍTULO 58

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

1. O fim do casamento

2. O divórcio

2.1. Espécies de divórcio

2.2. Formas do divórcio

3. A guarda dos filhos

4. Partilha de bens

5. O nome dos cônjuges

6. A antiga figura da separação

6.1. Separação amigável

6.2. Separação litigiosa

6.2.1. Separação com culpa

6.2.2. Separação sem culpa

6.3. Reconciliação

7. Responsabilidade civil pela dissolução

CAPÍTULO 59

AS ENTIDADES FAMILIARES

1. Famílias constitucionais e não constitucionais

2. União estável

2.1. Caracterização da união estável

2.2. Direitos e deveres dos companheiros

2.3. Conversão em casamento

3. Família monoparental

4. União livre

4.1. As famílias dos impedidos

4.2. União estável putativa

5. União de pessoas do mesmo sexo

CAPÍTULO 60

FILIAÇÃO

1. Espécies de filiação

1.1. Filiação biológica

1.2. Filiação por substituição

1.2.1. Autorização da fecundação heteróloga

1.2.2. Doação temporária de útero

1.2.3. Anonimato do doador de gameta

1.3. Filiação socioafetiva

1.4. Adoção

1.4.1. Adoção nacional

1.4.2. Adoção internacional

2. Reconhecimento de filho

2.1. Investigação oficiosa

2.2. Excludente da perfilhação

3. Negativa de paternidade e de maternidade

4. As presunções de paternidade

4.1. Antes dos exames de ADN (DNA)

4.2. Depois dos exames de ADN (DNA)

5. Poder familiar

5.1. Exercício do poder familiar

5.2. Usufruto e administração dos bens dos filhos menores

CAPÍTULO 61

ASSISTÊNCIA FAMILIAR

1. Alimentos

1.1. Requisitos e valor dos alimentos

1.2. Classificação dos alimentos

1.3. Alimentos para parentes

1.4. Alimentos para cônjuges e companheiros

1.5. Alimentos gravídicos

1.6. Falecimento do alimentante

2. Tutela

2.1. Espécies de tutela

2.2. O tutor e suas responsabilidades

2.3. Limitação aos poderes do tutor

2.4. Prestação de contas

3. Curatela

OITAVA PARTE
DIREITO DAS SUCESSÕES

CAPÍTULO 62
INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS SUCESSÕES

1. Transmissão *causa mortis*

2. Sucessores

2.1. Classificação

2.2. Capacidade

2.2.1. Pessoa física

2.2.2. Pessoa jurídica

2.3. Indignidade e deserdação

2.4. Sucessor aparente

3. Herança

3.1. Condomínio entre os herdeiros

3.2. Cessão de herança ou de quota hereditária

3.3. Aceitação e renúncia da herança

3.4. Petição de herança

3.5. Herança jacente e herança vacante

CAPÍTULO 63
SUCCESSÃO LEGÍTIMA

1. Vocação hereditária

2. O cônjuge ou companheiro como sucessor

2.1. Concorrência com os descendentes

2.1.1. Concorrência do cônjuge com os descendentes

2.1.2. Concorrência do companheiro com os descendentes

2.2. Concorrência com os ascendentes

2.3. Cônjuge ou companheiro como único sucessor

2.4. Participação do cônjuge e companheiro na mesma sucessão

2.5. Inconstitucionalidades no Código Civil

2.6. Direito real de habitação

3. Os descendentes como sucessores

3.1. Direito de representação

3.2. Embriões e material genético crioconservados

4. Os ascendentes como sucessores

5. Os colaterais como sucessores

CAPÍTULO 64

SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA

1. Direito de testar

1.1. Herdeiros necessários

1.2. Sucessores testamentários

2. O testamento

2.1. Espécies de testamento

2.2. Codicilos

2.3. Execução do testamento

2.4. Revogação e rompimento do testamento

3. Disposições testamentárias

3.1. Interpretação do testamento

3.2. Validade das cláusulas testamentárias

4. Legados

4.1. Regras sobre determinadas hipóteses de legado

4.2. Legado de coisa alheia

4.3. Caducidade do legado

5. Substituições

5.1. Substituição vulgar e recíproca

5.2. Substituição fideicomissária

5.3. Direito de acrescer

6. Redução das disposições testamentárias

CAPÍTULO 65

INVENTÁRIO E PARTILHA

1. Dissolução do condomínio hereditário
2. Colação
3. Sonegados
4. Pagamento das dívidas
5. Partilha

Bibliografia

DIREITO DE FAMÍLIA

INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA

1. AS FAMÍLIAS

Ninguém sabe com segurança como, quando e em que circunstâncias ocorreu, mas é certo que o *Homo sapiens*, em determinado momento de sua trajetória evolutiva, deixou de praticar relações sexuais quando o homem e a mulher descendiam do mesmo tronco. Segundo uma teoria, no início da sociedade humana, a espécie vivia na` mais completa

promiscuidade. Todos se guiavam exclusivamente pelos desejos e faziam sexo sem observar qualquer interdição (Engels, 1884:31/33). Essa teoria não foi ainda confirmada nem rejeitada por estudos arqueológicos definitivos. Se ela estiver certa, a proibição do incesto foi a nossa primeira lei (cf. Pereira, 2003:16/22); caso errada, a vedação de relações incestuosas seria uma característica biológica da espécie humana, anterior mesmo à organização da sociedade.

A proibição do incesto provavelmente foi impulsionada pelo instinto de preservação da espécie. A diversidade genética propicia combinações que tornam os seres mais aptos a enfrentar a seleção natural. Por óbvio, à época em que começou a praticar a proibição do incesto, o *Homo sapiens* não tinha a menor ideia da importância disso para seu desenvolvimento. Foi o puro instinto animal que o fez dividir as tribos em agrupamentos menores (clãs), segundo regras de quem podia e quem não podia manter relações sexuais. Essa divisão está na origem da família. A antropologia considera que, na maioria das comunidades primitivas, a segregação teve por referência um *totem*; isto é, um símbolo — em geral de animal ou planta — que marcava cada clã. Homens e mulheres do *totem do boi* não podiam copular uns com os outros, por exemplo, mas somente com pessoas de outro totem. O totemismo generalizou-se, nos fins do século XIX, com a tentativa de alguma etnologia conferir-lhe caráter universal (todas as sociedades humanas

primitivas teriam se organizado basicamente em clãs totêmicos) e místico (os povos primitivos cultivariam a crença de que cada um descendia realmente do animal ou da planta do totem); mas nos anos 1960, demonstrou-se que o clã totêmico se encontra na maioria, mas não na totalidade das organizações sociais ditas primitivas. A única característica universal de todas as comunidades humanas, que serve de elo entre a condição natural e cultural da espécie, é a proibição do incesto, a primeira *lei* da nossa organização social (cf. Lévi-Strauss, 1962).

A explicação da origem da família, como se vê, está envolta em grandes incertezas. Associa-se o seu surgimento, porque conceitualmente não há outra alternativa, ao da prática da proibição do incesto, isto é, à regulação das relações sexuais permitidas e proibidas. Mas pouco se consegue avançar, pela trilha da certeza científica, no conhecimento de sua origem, porque nunca houve, como não há hoje em dia, uma forma única de família. Podem-se estudar as famílias, mas não a família. Numa determinada sociedade, definida por vetores de tempo e lugar, é possível descrever uma ou duas estruturas predominantes de organização familiar. Mas não tem sentido buscar uma única trajetória evolutiva que explique satisfatoriamente como se estruturam e quais são as funções de todas as famílias. Logo mais, farei referência a certos modelos (família tradicional, romântica e contemporânea), que auxiliam o entendimento

das transformações fundamentais pelas quais tem passado a família na civilização ocidental de origem europeia. Eles não têm serventia, por exemplo, na compreensão da família muçulmana, hindu ou, em parte, da oriental.

Das origens nebulosas faça-se, então, um enorme salto para a Antiguidade, em que as incertezas no trato do assunto podem ser menores. Em Roma, é possível conhecer, pelos registros, o essencial — senão tudo — da família chefiada pelo cidadão romano. Note que a sociedade romana já era muito complexa naquele tempo para abrigar uma única forma de família. Pequenos comerciantes, escravos libertos e o estrangeiro viviam em estruturas bem diferentes da descrita nos manuais de direito romano como característica da família de então. Refere-se a descrição, a rigor, à família chefiada pelo cidadão romano, o *pater*. As funções da família nesse contexto eram muito diferentes e significativamente maiores que as da do nosso tempo. Em primeiro lugar, ela era também a principal unidade de produção de bens. Comidas, roupas, móveis e tudo de que se necessitava para viver eram produzidos, *em princípio*, pela família. O trabalho acontecia dentro da família; nela incluíam-se os escravos. Além disso, era também o núcleo religioso. Cada família adorava seus próprios deuses e o *pater* era o sacerdote dos rituais. A cura das enfermidades e amparo na velhice eram atribuições exclusivas da estrutura familiar. Era na família igualmente que se desenvolvia, do

início ao fim, a educação dos pequenos e a preparação do filho primogênito para a vida pública; não havia escolas ou universidades naquele tempo. Esposa e concubinas, assim como os filhos, irmãs solteiras e a mãe do *pater* moravam todos na mesma casa e estavam, a exemplo dos escravos, sob o pleno domínio dele. Os filhos podiam ser vendidos como escravos ou mortos, se assim o *pater* quisesse. Nenhum deles tinha patrimônio próprio (apenas com o objetivo de arregimentar melhores quadros para o exército, atribuía-se aos filhos a propriedade dos soldos e despojos).

Em termos esquemáticos, podem-se apontar as seguintes funções da família romana: a) *função biológica*, relacionada à preservação e ao aprimoramento da espécie: com a proibição do incesto, a família romana garantia os benefícios da diversidade genética para as gerações subsequentes; b) *função educacional*, pertinente à preparação dos filhos menores para a vida em sociedade, mediante a introjeção dos valores que possibilitavam a organização da estrutura social nos moldes então existentes: a mulher, por exemplo, submetia-se ao domínio do pai e, depois, do marido porque a família lhe ensinava que assim devia ser; c) *função econômica*, que compreende a produção dos bens necessários à vida humana, como alimentos e mobília: o excedente era trocado no comércio pelos bens que a família não produzia e de que necessitava; d) *função assistencial*, pela qual a família amparava os seus

principais membros nas enfermidades e velhice: após a morte do marido, a mãe e tios ficavam sob os cuidados do primogênito; e) *função espiritual*, sendo a família o local privilegiado das práticas religiosas; f) *função afetiva*, indispensável à estruturação psíquica do ser humano, construção de sua identidade e autoestima: a família é condição essencial para a felicidade.

Se adotarmos essa organização familiar da classe dominante romana como ponto de partida, a história da família é uma história de perdas. À medida que se torna mais complexa, a sociedade subtrai funções da família.

A difusão do cristianismo retirou da família a função religiosa. Algumas características dessa religião podem ser apontadas como causa. A primeira é o monoteísmo: à profusão de deuses familiares, contrapôs a crença num único Deus, pai de toda a humanidade. A segunda, a evangelização: pela primeira vez na história, uma religião atribuiu-se a tarefa de converter todos para sua crença, espalhando a Boa Nova. A terceira característica do Cristianismo decisiva para tirar a religião do recesso doméstico e torná-la pública é a apostólica: só os escolhidos por Cristo direta (os Apóstolos) ou indiretamente (os sacerdotes da Igreja fundada por Pedro) podem presidir os rituais religiosos. Nenhuma religião sem estas três características poderia ter desencadeado a desfuncionalização da família como centro religioso. Ainda

hoje, é certo, apela-se para a espiritualização da vida familiar — dizem os católicos que “a família que reza unida permanece unida” —, mas as religiões se praticam principalmente em templos públicos, seguindo-se rituais presididos por sacerdotes. Ligar os homens a Deus é, sob o ponto de vista da corrente estrutura social, uma profissão como outra qualquer.

As revoluções industriais, por sua vez, tiraram da família por completo a função econômica. Antes delas, outros fatos históricos contribuíram para a constituição de um espaço de trabalho estranho ao lar, como a revitalização do comércio, invenção dos bancos e seguradoras e formação das cidades ocorridas na Idade Média. Foram as revoluções industriais, no entanto, que encerraram o processo. Desde meados do século XIX, a tendência é a de reunir a população em cidades, onde cada pessoa *mora* num lugar (dorme, encontra os filhos, faz algumas refeições, repousa quando enfermo etc.) e *trabalha* noutro. A desfuncionalização econômica da família terá um efeito claro no modelo de sua estruturação. O chefe da família perde um poder significativo, o de escolher com quem vão casar seus filhos. A organização da economia já prescindia de um poderoso tirano à frente da unidade produtiva, como forma de garantir seu funcionamento: a empresa capitalista substituiu a família na função econômica.

Outra importante função perdida pela família foi a educacional. Ainda na Idade Média, a Igreja Católica

encarregou-se de educar seus sacerdotes, criando instituições que estão na origem das escolas. As corporações de ofício cuidavam do treinamento de seus membros. Também naquele tempo, surgiram as primeiras universidades. A família ficou encarregada, então, das primeiras letras e introjeção dos valores fundamentais. A formação técnica e superior, contudo, por sua complexidade, só podia ser alcançada fora de casa. Com o desenvolvimento da ciência, também a educação fundamental deixou de ser tarefa ao alcance da família. Hoje em dia, a criança já ingressa na escola (em creches ou maternais) tão logo abandona as fraldas; em alguns casos, antes mesmo disso. A família ainda exerce certa função educacional, mas nela aprende-se menos que na escola, tanto em relação às aptidões como também, em medida crescente, aos valores.

A função assistencialista a família vem perdendo a partir de meados do século XX, mas o processo ainda está em curso. Ainda não há acúmulo de trabalho suficiente para dispensá-la dos cuidados relacionados aos seus membros, na doença e velhice. Veja que, na pré-história, tribos inteiras podiam perecer de fome no inverno, por não saber conservar os alimentos. Foi necessário um certo grau de acumulação social para o ser humano dominar técnicas que garantissem a *reprodução* de sua força de trabalho. A civilização que criamos pode deixar de existir por muitos fatores, inclusive uma hecatombe nuclear, mas não por causa de fome, no

inverno. Garantimos já a reprodução da força de trabalho. Mas ainda não temos suficiente acumulação social para garantir a *recuperação* dessa força. Quando o ser humano adoece e não pode trabalhar, a família tem cuidado dele — assim como na velhice, em que a força de trabalho do indivíduo muitas vezes desaparece e ele precisa contar com o amparo dos filhos. A Seguridade Social está substituindo a família nessa função, num lento processo histórico de avanços e recuos, em que os países centrais do sistema capitalista naturalmente têm-se saído melhor que os periféricos (Coelho, 1992:5/6).

A função biológica a família está começando a perder. O conhecimento humano já tem outros meios de garantir a diversidade genética além do limitado recurso da proibição do incesto. Mas é cedo para dizer de que modo exatamente as clínicas médicas poderiam substituir a família nessa tarefa e quais seriam todas as implicações morais e jurídicas dessa desfuncionalização. Dá para afirmar com certeza apenas que o processo já teve início.

*Consideradas as funções da
chefiada pelo cidadão romano
como ponto de partida, a família*

tem percorrido uma trajetória histórica de perdas.

No início, desempenhava funções religiosas (não havia religião fora de casa) e econômicas (na família se produziam os principais bens para subsistência de seus membros) que perdeu totalmente. Desempenhava, também, funções educacionais e assistenciais, que em parte não tem mais.

As funções biológicas e afetivas são as que, por enquanto, mantêm as famílias.

E quanto à função afetiva? Esta a família tem conservado. Mais ainda: dispensada das funções econômica, religiosa e, em parte, da educacional e assistencial, a família tende a ser cada vez mais o espaço para aflorar a afetividade, contribuindo para que homens e mulheres cresçam psicologicamente sadios, com autoestima e identidade. É claro que muitas e muitas famílias não cumprem essa função a contento, gerando para a sociedade pessoas perturbadas, sexualmente reprimidas, inseguras e infelizes. Mas é provável que possa cada vez mais se dedicar à importante tarefa de estruturação psicológica de homens e mulheres pelo afeto, na medida em que se fortaleçam os sistemas públicos de saúde e de seguridade social.

A família, no ponto de chegada dessa história de perdas, parece finalmente direcionar-se para sua vocação de espaço da afetividade. Nessa função, ela representa uma organização social insubstituível. Por enquanto.

2. MODELOS DE FAMÍLIA

Não existiu, como acentuado, uma estrutura única de família. A *família extensa* predominante no meio rural pernambucano do período colonial tem pouco em comum com a *família nuclear* que predominava na São Paulo do século XVIII (Samara, 1983). Nenhuma delas poderia ser chamada propriamente de modelo da “família brasileira”, por exemplo.

E ainda é assim hoje em dia. Não se consegue identificar uma estrutura única de família. Centrada a atenção apenas no ambiente urbano, podem-se divisar os mais variados tipos: há os núcleos compostos pelo esposo, esposa e seus filhos biológicos; o viúvo ou viúva e seus filhos, biológicos ou adotivos; pai ou mãe divorciados e seus filhos, biológicos ou adotivos; esposo, esposa e os filhos deles de casamentos anteriores; esposo, esposa e o filho biológico de um deles havido fora do casamento; esposo, esposa e filho adotivo; casais não casados, com ou sem filhos; pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, biológicos ou adotivos, de um deles ou de cada um deles; a homossexual e o filho da companheira falecida; avó e neto; irmãs solteiras que vivem juntas etc.

A partir dessa enorme diversidade de tipos de família, é possível, porém, a construção de alguns modelos teóricos, que auxiliem a compreensão de sua trajetória evolutiva. Correspondem esses modelos não somente ao tipo predominante em cada época, mas principalmente à *ideologia* nela cultivada acerca de como se estrutura a família “normal”. São modelos, por outro lado, aptos a auxiliarem na compreensão da família na civilização ocidental de raízes europeias, não servindo necessariamente ao estudo de outras culturas.

São, nesse sentido, três os modelos de família: tradicional, romântica e contemporânea. Na família

tradicional, que existiu até meados do século XIX, o pai era o poderoso chefe em torno do qual gravitavam os demais membros. A ele competiam todas as decisões: escolher a profissão dos filhos homens, definir as amizades que a mulher e filhas podiam cultivar, determinar os horários em que elas podiam sair de casa e a companhia que estavam autorizadas a ter. De todas as decisões que unilateralmente tinha o poder de tomar, a mais importante era a escolha da pessoa com quem seus filhos iriam se casar. Independentemente do sexo, o filho casava com quem o pai determinava.

Na família romântica, que existiu entre meados do século XIX até os anos 1960, o pai perde boa parte de seu poder tirânico, mas continua ainda centralizando a vida da família. As pessoas passam a gozar de certa liberdade na escolha do futuro cônjuge. O casamento deixa de ser um contrato entre famílias, quase sempre norteado pelos interesses econômicos dos pais; torna-se o encontro de seres que se identificam de algum modo. Chama-se romântica essa estrutura familiar porque com ela tem início o processo de despatrimonialização do direito de família. Mas é apenas o início, atente. O jovem só se arriscava a pedir a mão em casamento da mulher amada se tivesse alguma esperança de não ser recusado pelo pai dela; isto é, se podia se apresentar como alguém em condições de proporcionar-lhe um padrão de vida semelhante ao que tinha na casa do pai. Na família

do noivo, em princípio, o pai era apenas informado da decisão do filho, mas este também se preocupava em tomar decisão que o agradasse, para não correr o risco de sofrer algum prejuízo material (deserção ou simples negativa de recursos).

A família contemporânea é resultado da mudança significativa na condição da mulher na sociedade, ocorrida na segunda metade do século passado. Podendo exercer sua sexualidade com mais liberdade, graças à pílula anticoncepcional, e ocupando no mercado de trabalho lugar de importância equivalente ao do homem, a mulher pode ser independente; não tem mais que aceitar minimamente a ideia de casar ou deixar de casar em função da vontade do pai. A chefia da família contemporânea não é mais do homem, e as decisões importantes (domicílio, local das férias, redeção da casa etc.) surgem de intensa negociação com a mulher e os filhos. Quanto ao casamento destes, os pais são meramente informados, com mais ou menos solenidade, acerca da decisão adotada diretamente pelos noivos.

Em termos esquemáticos, o decisivo é a variância, em cada modelo, da competência para a decisão sobre o casamento dos filhos. Na família tradicional, os pais da noiva e do noivo *contratavam* o enlace. Na romântica, o noivo *pedia* a mão da noiva ao pai dela, que podia impedir o casamento caso não o agradasse o pretendente; já o pai do noivo era comunicado da decisão do filho. Na família

contemporânea, a decisão é exclusiva dos diretamente interessados, e tanto o pai da noiva como o do noivo são apenas *informados*.

Na civilização ocidental de raízes europeias, são três os modelos de família: tradicional, em que os pais contratam o casamento dos filhos (até meados do século XIX); romântica, em que o pai da noiva tem o direito de não autorizar o casamento (de meados do século XIX até os anos 1960); contemporânea, em que as pessoas casam com quem querem, independentemente da vontade dos pais (desde os anos 1960).

Encontram-se hoje famílias mais ou menos tradicionais ou românticas, em que a figura do pai ainda tem

proeminência. Por meio de chantagens emocionais ou ameaça de redução de meios materiais de subsistência, alguns homens conservadores procuram dar sobrevida a essas estruturas familiares arcaicas. Quando o conseguem pagam e impõem aos filhos um altíssimo custo psicológico; e acabam formando pessoas dessintonizadas com o seu tempo, em prejuízo para toda a sociedade.

3. O DIREITO DE FAMÍLIA

Cada ramo de saber adota conceito próprio de família. Para a história e sociologia, ela é o conjunto de pessoas que habitam a mesma casa. A antropologia já a define em função da interdição de relações sexuais incestuosas. Na psicanálise, a definição parte dos papéis psicológicos desempenhados pelas pessoas. O pai e a mãe não são necessariamente os fornecedores dos gametas, mas aqueles que cumpriram determinadas funções na estruturação da psique da pessoa. O direito, por sua vez, adota a definição de família tendo em vista certas *relações jurídicas* entre os sujeitos.

Na família, as principais relações jurídicas são, de um lado, as *horizontais* e, de outro, as *verticais*. As relações horizontais são as de conjugalidade, empregada a expressão aqui num sentido muito amplo, que abarca todos os enlaces entre duas pessoas adultas (não irmãs) voltadas à organização da vida em comum. Mantêm relações

horizontais de família os casados, os que convivem em união estável, em união livre e as pessoas de mesmo sexo em comunhão de vida. As relações verticais são as de ascendência e descendência, como as que unem pais aos filhos, avós aos netos etc. As relações horizontais dizem respeito, em geral, aos vínculos fundadores de novo núcleo familiar, incluindo os estabelecidos pelo casamento de duas pessoas de sexo oposto, mas não se limitando a essa hipótese. Mas não são os únicos vínculos fundadores de nova família, porque também ela se forma por relações verticais, como no caso da adoção de filho por pessoa solteira, divorciada ou viúva, a geração e educação de criança por mulher não casada (chamada “produção independente”), o acolhimento do neto, em sua casa, pelos avós etc.

Enquanto as relações horizontais são, *atualmente*, voluntárias, porque se estabelecem e se mantêm apenas se os dois sujeitos de direito querem ficar juntos, as verticais são obrigatórias, *pelo menos* pelo lado dos descendentes. Os pais podem escolher ter ou não filhos; quando adotam, podem inclusive escolher o filho que querem. Há, assim, uma certa liberdade; mas uma vez feita a opção pela paternidade ou maternidade, o vínculo durará a vida toda. Os descendentes também se envolvem forçosamente numa relação vertical, que dura a vida toda, ou pelo menos até a morte dos ascendentes. A explicação para isso é natural:

quando éramos nômades caçadores, a família garantia aos pequenos alimento, calor, segurança e conhecimentos até a conquista da plena autonomia característica da vida adulta. Na civilização, a família exerce função semelhante, cabendo-lhe preparar os filhos para a vida em sociedade: preparo psicológico e obediência às principais regras morais, jurídicas, de etiqueta etc.

A relação vertical, quando existente, é imposta aos pais e filhos, que dela não podem desligar-se. Enquanto não alcança sua independência material e psicológica, o filho tem direito de ser educado, criado e assistido pelos pais. Depois de tornar-se um ser independente, continua preso à relação vertical, que o enlaça por toda a vida dos pais, porque é seu dever cuidar deles na velhice. Se sempre existiram meios de desfazimento do vínculo de conjugalidade (Cahali, 1978:30/33), por enquanto o direito não os conhece para os de ascendência e descendência: pais e filhos não se separam. Como dita a Constituição Federal, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (art. 229).

A natureza das relações familiares horizontais e verticais mudou significativamente na família contemporânea, quando comparada à tradicional e romântica.

As relações horizontais deixaram de se fundar exclusivamente na monogamia vitalícia e passaram a admitir

também a monogamia sucessiva como padrão. A autoridade do pai foi substituída pela igualdade dos sujeitos em relação matrimonial. Não há mais a necessidade da celebração do ritual do casamento para constituição do vínculo horizontal e formação da família. Em alguns países, não é mais imprescindível que os sujeitos da relação sejam de sexos opostos.

Tempo houve, por outro lado, em que as relações verticais provinham de fundo biológico. Ascendentes e descendentes se definiam unicamente em função dos chamados laços de sangue. O filho adotivo não participava da herança em igualdade de condições com os biológicos, por exemplo. Atualmente, não há mais distinção jurídica nenhuma entre a filiação biológica e não biológica. Aliás, com a paternidade ou maternidade socioafetiva — quem cuida duma criança como seu filho passa a ser pai ou mãe dela, para o direito —, rompeu-se de vez o fundamento biológico para as relações verticais. Outra mudança importante foi a superação da abominável distinção entre filhos legítimos (nascidos dentro do casamento) e ilegítimos (nascidos fora do casamento). Há não muito tempo atrás, esses últimos tinham, na partilha, menos direitos que aqueles. Por fim, os filhos não estão mais submetidos inteiramente à autoridade dos pais, tendo voz ativa em muitos dos assuntos de seu interesse e da própria família: em 1989, a ONU proclamou, na Convenção sobre os Direitos

da Criança, o princípio do melhor interesse do filho nas relações com os pais. Alterou por completo a base jurídica dessas relações, tradicionalmente lastreadas nos interesses dos genitores.

Essas são, como dito, as *principais* relações familiares. Há, além das horizontais e verticais, duas outras espécies de relação que, para o direito, também podem caracterizar a família. São vínculos regidos pelo direito de família. Trata-se das relações *colaterais*, que incluem as de fraternidade (entre irmãos *bilaterais* ou *unilaterais*) e as existentes entre tios e sobrinhos; e as relações *de afinidade*, estabelecidas pelo casamento entre cada cônjuge e os parentes consanguíneos do outro. Um estatístico dificilmente consideraria existir família no vínculo de dois irmãos adultos moradores de cidades diferentes; ou no existente entre ex-genro e ex-sogra, que não se encontram há anos. Para o direito, no entanto, tais relações são familiares: serão devidos alimentos se um irmão precisar e o outro tiver meios para os prover; à falta de cônjuge, convivente e outros parentes sucessíveis, o sobrinho herda do tio; ex-genro e ex-sogra não podem casar-se, mesmo após decurso de longo tempo após o fim do casamento que estabeleceu a relação jurídica entre eles. Essas duas relações jurídicas — colateralidade e afinidade — correspondem a situações de fato de menor relevância, porque os conflitos de interesses em torno delas são bem mais raros que os atinentes às

relações horizontais e verticais.

Há famílias sem relações horizontais (a família monoparental, por exemplo) como há as desprovidas de relações verticais (a constituída por casal sem filhos), mas faltando essas relações — e as demais juridicamente características do vínculo familiar, como as de fraternidade ou afinidade — não há família. Para o direito, assim, família é o conjunto de dois ou mais sujeitos ligados por essas específicas relações jurídicas.

Portanto, a família é fenômeno plural: o filho havido fora do casamento e seu pai, casado, mantêm uma relação juridicamente regulada pelo direito de família. Apesar de morarem em casas separadas e não conviverem, integram uma família jurídica. De fato, pela ausência de coabitação e vínculos afetivos, não se poderia falar aqui, estritamente, em família sob o ponto de vista sociológico e psicológico. No censo, por exemplo, não aparecerão como membros da mesma unidade familiar. Mas, juridicamente falando, não é despropositado falar-se numa espécie de família monoparental, cujos membros têm direitos e deveres um para como o outro.

Por outro lado, a pessoa pode ter mais de uma família. O filho de pais divorciados, por exemplo, integra duas famílias monoparentais, caso nenhum dos genitores tenha se casado novamente ou faça parte de união estável.

Assim, o conceito dos velhos manuais jurídicos, que

identificavam a família a partir da existência de tronco ancestral comum (Beviláqua, 1896:15; Rodrigues, 2004:4), não atende mais à complexa realidade dos nossos dias.

Além da superação do fundamento biológico dos vínculos familiares, outra forte tendência do direito de família aponta para a primazia da afeição. A família, dispensada das pesadas funções que vinha e, em certa medida, vem exercendo, tem meios para ser, enfim, o espaço da afetividade. Essa tendência tem sido chamada de *despatrimonialização do direito de família*. Esse ramo jurídico, realmente, se dedica cada vez mais a questões como direito de visita, guarda conjunta, primazia dos interesses dos filhos e outros que transcendem os aspectos meramente patrimoniais. Não significa, atente, que tenha já ou venha num dia próximo a descuidar desses aspectos. Só se e quando houver, no futuro, sistemas sociais consolidados de recuperação da força de trabalho e assistência à velhice, a família poderá dedicar-se exclusivamente à promoção da afetividade e liberar-se por completo de funções patrimoniais. Até lá, institutos como alimentos e regime de bens do casamento continuarão o centro das atenções desse ramo jurídico.

Mas a despatrimonialização do direito de família é irrefreável. Somente levando às últimas consequências o fundamento afetivo de constituição dos laços familiares poderá o direito de família, por exemplo, dar solução

satisfatória aos inúmeros conflitos que surgirão das técnicas de fertilização assistida, como o uso indevido dos gametas ou embriões, a descoberta da identidade do doador do sêmen, a deficiência na prestação dos serviços de guarda de material genético etc. Quem já tem um pai numa relação socioafetiva não terá, assim, direito nenhum oponível ao fornecedor do sêmen ou seus sucessores.

Para o direito, família é o conjunto de duas ou mais pessoas vinculadas por relações específicas, tais as de conjugalidade, ascendência e descendência, fraternidade e outras. No passado, definia-se em função de fatores biológicos, que, aos poucos, foram substituídos por vínculos de afeição.

Em paralelo, o direito de família apresenta a irrefreável tendência à despatrimonialização das relações familiares.

As principais normas legais de direito de família estão no Livro IV da Parte Especial do Código Civil (arts. 1.511 a 1.783) e disciplinam não só as relações típicas da família acima referidas (conjugalidade, descendência, afinidade etc.), em seus aspectos pessoais e patrimoniais, como também alguns outros institutos afins, assim a tutela e curatela.

4. CLASSIFICAÇÃO DAS FAMÍLIAS

No direito, classificam-se as famílias, inicialmente, em duas categorias: as constitucionais e as não constitucionais.

As famílias constitucionais são as mencionadas na Constituição Federal (art. 226). São três: a instituída pelo casamento, pela união estável do homem e da mulher e a família monoparental, isto é, a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Já as famílias não constitucionais são as demais, vale dizer, as não lembradas pelo constituinte. Nessa ampla categoria incluem-se, por exemplo, as derivadas de parcerias entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas.

Entre as famílias constitucionais e as não constitucionais, a diferença diz respeito unicamente à possibilidade de a lei ordinária estabelecer restrições específicas. Se for um dia disciplinar a parceria de pessoas de mesmo sexo, por exemplo, a lei pode dispor validamente

sobre a participação do parceiro sobrevivente na herança do falecido, instituindo quotas inferiores à que atribui ao cônjuge na sucessão da pessoa casada. Não haverá nenhuma inconstitucionalidade nessa diferenciação, porque a parceria entre pessoas do mesmo sexo é uma família não constitucional. Já ao disciplinar as uniões estáveis, por exemplo, o legislador não pode deixar de atribuir ao companheiro nenhum direito que tenha reconhecido ao cônjuge. Como a união estável é família constitucional, essa discriminação não é aceita pela ordem jurídica vigente.

O casamento será examinado com mais vagar, apenas em função de sua maior complexidade (Caps. 56 e 57). As demais *famílias* ou *entidades familiares* (as expressões são sinônimas) examinam-se na sequência (Cap. 59).

5. RELAÇÕES DE PARENTESCO

Por muito tempo, a ciência considerou que a hereditariedade biológica era transmitida pelo sangue. Expressões como “laços de sangue”, “sangue ruim” ou “sangue azul” foram cunhadas em função dessa concepção, que o conhecimento científico sustentou desde Aristóteles até o fim do século XIX. Sabe-se atualmente, porém, que a hereditariedade biológica transmite-se pelos genes encontrados na quase totalidade das células de nosso organismo. Por incrível que pareça, as *únicas* células do corpo humano que não possuem gene e, portanto, não

transmitem nenhum traço hereditário são exatamente os *glóbulos vermelhos do sangue* (Brody-Brody, 1999:334).

Quando se chama “consanguíneo” ou “natural” certo parentesco, pretende-se destacar que a relação tem por pressuposto fático a transmissão da herança genética. Distingue-se, assim, do parentesco “civil”, em que não se verifica tal transmissão (CC, art. 1.593). O filho biológico tem com o pai um vínculo de parentesco natural; ao passo que o adotivo e o gerado por fecundação assistida heteróloga (feita com espermatozoide fornecido por outro homem) vincula-se ao pai por parentesco civil. A diferença, hoje, entre uma e outra categoria de parentesco é nenhuma, tendo em vista a plena igualdade entre as espécies de filiação.

Os ascendentes e descendentes são *parentes em linha reta*, assim os pais e filhos, avós e netos, bisavós e bisnetos etc. (CC, art. 1.591). Os graus desse tipo de parentesco contam-se pelo número de gerações. Pai e filho são parentes em linha reta de primeiro grau; avô e neto, de segundo grau; bisavô e bisneto, terceiro, e assim por diante (art. 1.594, primeira parte). Não há grau máximo no parentesco em linha reta, de modo que a pessoa está ligada por vínculo de parentesco a todos os seus ascendentes e descendentes, independentemente do número de gerações que os separam.

As pessoas que provêm de tronco comum, mas não são parentes em linha reta, estão ligadas por *parentesco em linha colateral* ou *transversal* (CC, art. 1.592). Irmãos são

parentes colaterais, porque têm ascendência comum — mesmos pais, quando bilaterais ou germanos; mesmo pai ou mesma mãe, quando unilaterais —, mas não descendem um do outro. Também primos, assim como tios e sobrinhos, são parentes colaterais. Os graus de parentesco na linha transversal contam-se também por número de gerações, mas “subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente” (art. 1.594, *in fine*).

Desse modo, irmãos são parentes colaterais de segundo grau. Confira-se, tomando o exemplo dos germanos: *uma* geração separa um dos irmãos dos pais, que são os ascendentes comuns, e *mais uma* geração separa estes do outro irmão; no total, *duas* gerações e, portanto, dois graus. No caso de irmãos unilaterais, o cálculo é o mesmo, porque entre o ascendente comum (o pai *ou* a mãe) e cada um deles há igualmente uma geração.

Tio e sobrinho são parentes colaterais de terceiro grau. O ascendente comum é o “pai do tio”, que é também “avô do sobrinho”. Entre o tio e o ascendente comum, há *uma* geração; entre o ascendente comum e o sobrinho, *duas*. No total, são *três* gerações separando o tio do sobrinho e, por isso, o parentesco é de terceiro grau.

Entre primos com os mesmos avós (os vulgarmente chamados de *primos-irmãos* ou *primos de primeiro grau*), há parentesco colateral de quarto grau. Na subida até o ascendente comum são *duas* gerações e na descida, mais

duas. Também é esse o parentesco existente entre tio-avô e sobrinho-neto (filho do sobrinho). Na subida até o ascendente comum há *uma* geração e na descida, mais *três*.

O parentesco transversal não vai além do quarto grau. Os vulgarmente chamados *primos de segundo grau*, por exemplo, não são parentes.

O parentesco pode ser em linha reta, em linha colateral ou por afinidade.

Parentes em linha reta são os ascendentes e descendentes, como pais e filhos, avós e netos etc.

Em linha colateral (ou transversal) são aqueles que provêm do mesmo tronco, mas não em linha reta, como irmãos, tio e sobrinho etc.

O parentesco afim, por sua vez, é estabelecido pelo casamento ou pela união estável, entre cada um dos cônjuges ou companheiros e os parentes do outro. Nora e sogro são parentes por afinidade, assim como um companheiro e os filhos do outro.

Por fim, há parentesco *por afinidade* entre uma pessoa casada e os parentes do cônjuge dela. Nesse caso, é o matrimônio que gera o parentesco. O esposo é parente por afinidade dos ascendentes (pais, avós etc.), descendentes (filhos, netos etc.) e irmãos da esposa. Também a união estável gera o parentesco por afinidade entre cada companheiro e os parentes do outro (CC, art. 1.595 e § 1º). O término da sociedade conjugal ou da união estável extingue o parentesco afim, exceto os de afinidade em linha reta, que perduram por toda a vida dos parentes (§ 2º). A única consequência disso, porém, é o impedimento para o

casamento de ex-genro com ex-sogra, de um dos ex-cônjuges com filho do outro, de mulher com o avô do antigo companheiro e assim por diante.

Cônjuges e companheiros não são parentes uns dos outros. Integram uma mesma família, constituída apenas pela relação de conjugalidade, mas não mantêm entre eles nenhum vínculo de parentesco.

6. BEM DE FAMÍLIA

A garantia dos credores é o patrimônio do devedor. Em outros termos, quando alguém não cumpre determinada obrigação, de fundo contratual ou legal, o credor pode executar seu crédito requerendo em juízo a *penhora* de tantos bens do devedor quantos bastem à satisfação do devido. O bem ou bens penhorados são, então, expropriados judicialmente para que seja pago o credor. O objetivo do instituto do *bem de família* — que nasceu no direito norte-americano em meados do século XIX e se espalhou por diversas legislações (Azevedo, 1974:26/80), inclusive a brasileira — é impedir que o devedor seja privado de moradia. Considera-se que por mais errado que tenha sido a atitude dele no descumprimento da obrigação exequenda, não é justo, senão em hipóteses excepcionais, que fique numa situação patrimonial tão precária, a ponto de perder inclusive a casa ou apartamento em que mora.

São duas as espécies de bem de família: *legal* e

convencional.

O bem de família legal está disciplinado na Lei n. 8.009/90, que estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio “do casal ou da entidade familiar” na cobrança de dívidas de qualquer natureza (art. 1º). Diz-se legal essa hipótese de bem de família porque sua instituição independe de qualquer declaração de vontade específica do devedor, no sentido de subtraí-lo da garantia geral de seus credores. Desse modo, todo aquele que abre crédito a certa pessoa sabe que, em caso de inadimplemento, poderá buscar em juízo a penhora de qualquer bem do patrimônio dessa última *menos* o imóvel em que ela reside. Quando a família possui mais de uma residência, dos imóveis em que reside será impenhorável apenas o de menor valor (Lei n. 8.009/90, art. 5º, parágrafo único).

A lei abre algumas exceções à impenhorabilidade do bem de família, como, por exemplo, na execução de crédito trabalhista titulado por empregado doméstico que tenha trabalhado no imóvel em questão, de impostos incidentes sobre ele ou da hipoteca que o grava (Lei n. 8.009/90, art. 2º). Nesses casos, e nos demais excepcionados pela lei, o bem de família responde pela obrigação do devedor tal como os demais de seu patrimônio.

A despeito do nome do instituto, a impenhorabilidade do bem de família legal não se destina apenas a proteger os interesses de membros de entidades familiares. Predomina na

jurisprudência o entendimento de ser escopo do instituto a proteção do direito à moradia (STJ, Súmula 364). Desse modo, é impenhorável também, na forma da Lei n. 8.009/90, o imóvel em que vive pessoa solteira e solitária (Gonçalves, 2004:519/520).

Por sua vez, o bem de família convencional é instituído por declaração de vontade do titular da propriedade do bem clausulado. Podem instituí-la não somente os cônjuges, companheiros ou o cabeça da família monoparental interessados em preservar determinados bens de seus patrimônios do risco da penhora, como também terceiros que doam ou testam imóvel residencial para moradia do donatário ou legatário e sua família.

A declaração de instituição do bem de família deve ser feita por escritura pública ou testamento, mas a impenhorabilidade somente passa a clausular o imóvel após o registro do título no Registro de Imóveis (CC, art. 1.714).

No bem de família convencional, fixou a lei um valor máximo. A declaração de impenhorabilidade não pode recair sobre bens cujo valor ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, sem prejuízo do bem de família legal (CC, art. 1.711). Desse modo, imagine que uma pessoa seja titular de bens no valor de \$ 1.000, entre os quais há quatro imóveis (A, B, C e D), no valor de \$ 200 cada, e bens móveis que juntos valem também \$ 200. Presuma que essa pessoa mora num de seus imóveis com a

família (imóvel A). Considere, ademais, que ela deve \$ 400. Pois bem, o valor do patrimônio líquido dessa pessoa é \$ 600 ($\$ 1.000 - \$ 400 = \$ 600$); significa dizer que ela pode instituir como bem de família qualquer *um* dos imóveis em que não reside, já que o valor dele corresponde a 1/3 do patrimônio líquido ($\$ 600 \div 3 = \$ 200$). Note que não compensa clausular o imóvel em que reside porque este já está a salvo de penhoras, em razão da Lei n. 8.009/90. Pense, então, que essa pessoa declarou o imóvel B como bem de família. Os credores, se precisarem executar seus créditos, só podem requerer a constrição judicial incidente sobre os outros dois imóveis (C e D) ou sobre bens do patrimônio mobiliário do devedor.

Ao instituir o bem de família sobre um imóvel residencial, urbano ou rural, o instituidor pode estender a cláusula de impenhorabilidade a valores mobiliários (como ações emitidas por sociedades anônimas, por exemplo), cuja renda deve ser gasta na conservação do bem clausulado e sustento da família (CC, art. 1.712). Os valores mobiliários alcançados pela declaração instituinte do bem de família não podem ser mais valiosos que o prédio residencial, à época da instituição, e podem permanecer custodiados numa instituição financeira (art. 1.713).

Uma vez instituído o bem de família convencional, o imóvel clausulado não poderá ser penhorado por dívidas *posteriores* ao registro do título no Registro de Imóveis,

salvo se pertinentes aos tributos incidentes sobre o prédio ou despesas de condomínio (CC, art. 1.715). De qualquer modo, vendido o bem de família em execução de dívida constituída anteriormente ao registro da declaração instituinte ou na cobrança de tributos incidentes sobre ele, o saldo, se houver, será utilizado na aquisição de outro prédio, destinado igualmente à garantia do devedor e sua família. Não sendo o saldo da venda judicial do bem de família suficiente para tanto, deve ser investido em títulos da dívida pública, para que a renda atenda ao sustento da entidade familiar, a menos que o juiz considere mais conveniente outra solução (art. 1.715, parágrafo único).

Cessam os efeitos da instituição do bem de família quando falecerem ambos os cônjuges ou companheiros ou alcançarem os filhos a maioridade (salvo se sujeitos à curatela), o que se verificar por último (CC, arts. 1.716 e 1.722). A partir de então, volta o bem a ser penhorável, inclusive pelas dívidas posteriores à sua instituição que ainda não estiverem prescritas. A dissolução da sociedade conjugal ou o fim da união estável não extingue o bem de família (art. 1.721).

O bem de família convencional clausula o bem também com a inalienabilidade. Para sua alienação é necessária a concordância de todos os membros da entidade familiar e seus representantes legais, quando incapazes. A lei condiciona a alienação do bem de família também à oitiva do

Ministério Público, o que faz pressupor que depende o ato de autorização judicial (CC, art. 1.717). Também depende de o juiz autorizar a sub-rogação do bem de família em outro ou a extinção do gravame (art. 1.719).

O bem de família é o imóvel que não pode ser penhorado pela generalidade das dívidas de seu proprietário.

Há duas espécies de bem de família: o legal, disciplinado na Lei n. 8.009/90, e o convencional, de que tratam os arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil.

Já há muito tempo, é extremamente rara a instituição de bem de família convencional. Em primeiro lugar, porque o

instituto do bem de família legal tem atendido satisfatoriamente os interesses dos devedores em conservar, em caso de insolvência, pelo menos a titularidade do imóvel residencial, para seu abrigo e dos familiares. Em segundo, porque o Código Civil cercou o instituto do bem de família convencional de tantas formalidades, que tornou cara sua instituição e praticamente incompatível sua disciplina jurídica com a dinâmica da economia dos nossos tempos.

CASAMENTO

1. INTRODUÇÃO

Desde as primeiras lições, ao estudante de direito é apresentada a noção de que o conhecimento jurídico não tem por objeto o plano do *ser*, mas do *dever-ser*. A partir de elaborações filosóficas mais ou menos sofisticadas, como as da Teoria Pura do Direito de Kelsen (“o corte metodológico fundamental”), ou de meros e confortáveis recortes nos temas das aulas (“essa lei não é aplicada? Isso é um outro problema”), transmite-se a ideia de que o profissional da área tem de se preocupar apenas com a compreensão do padrão de comportamento preceituado pela norma jurídica. Pretende-se que o conhecimento jurídico sabe do mundo como ele deveria ser; isto é, o que ditam as leis e normas, cuja obediência generalizada faria plenamente harmoniosa a convivência em sociedade.

Nada mais equivocado. O tecnólogo e o profissional do direito, como o estudioso de qualquer outra área do conhecimento humano, têm por objeto de estudo o que existe e não o que deveria existir. Não é o mundo como ele deveria ser de acordo com o molde da ordem jurídica o campo de saber da doutrina, mas as relações sociais tais como realmente são. Quer dizer, não estudamos as normas postas, mas os *conflitos de interesses* manifestados nas relações sociais e as formas de sua superação. Leis e normas não são o modelo de como o mundo deveria ser, mas parâmetros que norteiam a superação institucional dos conflitos de interesses.

Essa maneira equivocada de entender o objeto do conhecimento jurídico muitas vezes transparece no exame do casamento. É comum apresentar-se o instituto pela perspectiva de um padrão *ideal e irreal*, mais ou menos definido pela ideologia corrente. Ele é tido, nesse contexto, como o ato que institui plena comunhão de vida de duas pessoas, pacifica a concupiscência, legaliza as relações sexuais e as une em compromissos recíprocos de fidelidade, respeito e assistência mútua, bem como nos relativos à criação e educação dos filhos. Não faltam também nesse modelo de enfoque do casamento sugestões mais ou menos veladas do caráter sacro da união.

Não é assim que quero tratar o assunto. Ao contrário, quero examinar o casamento como ele é, para entender os

conflitos reais que giram em torno dele e as vias de superação construídas pela ordem jurídica. Não basta a norma legal ditar que “o casamento estabelece comunhão plena de vida” (CC, art. 1.511) para que assim seja. Não interessa, de verdade, o que as pessoas imaginam corresponder ao relacionamento conjugal perfeito — atrás do qual gastam a vida, ou boa parte dela, correndo —, mas a realidade, cujo tecido, nem sempre pulcro, nos cerca por todos os lados.

1.1. Espécies de casamento: heterossexual e homossexual

Para outras áreas do conhecimento humano, a questão não é tão simples assim; mas, para o direito, existem apenas *dois* sexos: o masculino e o feminino. O sexo jurídico de uma pessoa é o constante dos assentamentos do Registro Civil, que, por sua vez, espelham o conteúdo do atestado expedido pelo hospital ou maternidade em que ocorreu o parto *ou* a declaração do pai, mãe ou de quem comunicou o nascimento. Nos dois casos, o sexo é definido pelo mero exame visual dos órgãos externos do bebê. Se visível o pênis, atribui-se à pessoa o sexo masculino; se a vagina, o feminino.

Até maio de 2011, só podiam casar-se, no Brasil, pessoas de sexos diferentes, quer dizer, um homem e uma mulher — uma pessoa cujo assentamento civil lhe atribui o sexo masculino com outra, registrada com o feminino.

Naquele mês, o STF reconheceu, por unanimidade, que o direito brasileiro não tolera qualquer discriminação entre as uniões estáveis constituídas, de um lado, por pessoas de sexos diferentes, e, de outro, por pessoas de mesmo sexo, por força de seus princípios constitucionais (que instituem os direitos à igualdade, liberdade, dignidade, privacidade e não discriminação). Ora, como a Constituição Federal também estimula a conversão das uniões estáveis de homens e mulheres em casamento (art. 226, § 3º), às uniões de pessoas do mesmo sexo não se pode negar igual tratamento.

O casamento pode ser, assim, no direito brasileiro, a despeito de falta de previsão expressa no direito positivo, tanto entre pessoas de sexos diferentes (heterossexual) como entre pessoas do mesmo sexo (homossexual).

Mas há uma diferença significativa entre as duas situações, que, em princípio, somente poderá ser eliminada por alteração na Constituição e na lei. Duas pessoas de sexos diferentes podem se casar, mesmo que não tenham mantido, anteriormente, nenhuma união estável, ao passo que duas pessoas do mesmo sexo só se casam, se já havia, entre elas, uma união estável. Em suma, homem e mulher podem se casar para constituir família; mas duas pessoas do mesmo sexo precisam antes ter constituído família, para poder se casar (mediante a conversão da união estável em casamento). Essa diferença não poderá ser suprimida

enquanto o direito positivo brasileiro (constitucional e legal) não for alterado.

Até 2011, o casamento entre pessoas do mesmo sexo era inexistente no direito brasileiro. Naquele ano, em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, em tudo equiparada à união estável entre homem e mulher.

A decisão do STF baseou-se nos princípios constitucionais, já que nem a Constituição Federal nem a lei expressamente disciplinam a figura. Nessa decisão, ressaltou-se

figura. Nessa decisão, ressalte-se, não há menção ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Porém, como a mesma Constituição Federal estimula a conversão em casamento das uniões estáveis entre homem e mulher (art. 226, § 3º), a decorrência lógica e jurídica da decisão do STF é a de que também a união entre pessoas do mesmo sexo deve ter, por força dos mesmos princípios constitucionais que amparam o seu reconhecimento, sua conversão em casamento facilitada.

Não há, contudo, ainda, nenhum

precedente que admita o casamento entre pessoas do mesmo sexo que não mantinham, antes, união estável. O casamento entre pessoas não unidas anteriormente por nenhum laço de conjugalidade, no Brasil, ainda só pode ser feito entre homem e mulher.

E enquanto a Constituição Federal e a lei ordinária não disciplinarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo não unidas anteriormente por nenhum laço familiar de conjugalidade, deve-se continuar examinando, em termos gerais, a figura do casamento, tendo em vista o enlace de pessoas de sexos juridicamente diversos (isto é, um homem e uma mulher). Pelo estágio atual da jurisprudência, viu-se, até o momento, que são reconhecidas apenas a validade e a eficácia das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e

sua conversão em casamento. Não há notícia, por enquanto, de nenhum casamento realizado entre duas pessoas do mesmo sexo que não mantiveram, anteriormente, união estável. Embora essa mudança no direito positivo seja uma questão de tempo, o mais adequado, didaticamente falando, é tratar, por ora, as uniões entre pessoas de mesmo sexo no contexto das entidades familiares (Cap. 59, item 5).

1.2. Objetivos do casamento

O que leva um homem e uma mulher a se casarem? Sob o ponto de vista psicológico, as respostas são diversas. Para algumas formulações de inspiração freudiana, o homem que não supera convenientemente o complexo de Édipo acaba casando com a mãe — quer dizer, com uma mulher com os mesmos traços psicológicos essenciais dela, uma pessoa familiar; a mulher, por sua vez, também casa com um homem que apresenta os traços psicológicos mais importantes da mãe, mas, dependendo da ligação que tem com o pai, procura um marido com as características opostas das dele — a filha do filósofo casa-se com o comerciante, para que seu pai tenha preservado o lugar no coração dela. Abstraindo, contudo, a complexa questão psicológica, o que leva um homem e uma mulher ao casamento? Começo a dar minha resposta destacando três motivações: *amor, gratificação sexual e organização da vida.*

O amor é um sentimento complexo, talvez o mais

complexo de todos. Alguns de seus ingredientes são conhecidos: a admiração e o respeito; a vontade de partilhar tudo, desde coisas miúdas até grandes projetos e conquistas; a saudade constante, mesmo quando pouca a distância e pouco o tempo da separação; a mais ampla intimidade, que conduz ao pleno relaxamento físico e mental, que desarma completamente, que permite explodir a autenticidade em mil direções. Tudo isso é o amor, mas ele seguramente é mais que isso. O amor não é como a paixão, que irrompe, arrebatamos e de repente se esvai — subitamente nos perguntamos “onde ela está?”; ele é resultado do convívio, dos ajustes sutis, de uma demorada e caprichada construção a dois. Não existe o chamado “amor platônico”, porque onde não houver correspondência, não haverá espaço para o amor; se brotar ou restar algum sentimento, será doentio e egoísta, o oposto do amor.

Quanto à gratificação sexual, note que homens e mulheres não se comunicam com facilidade nesse terreno. Os processos de excitação e satisfação não são iguais para os dois sexos. Enquanto os homens costumam ter o desejo despertado por simples estímulos visuais, a maioria das mulheres depende de carícias físicas para se interessar pelo ato sexual. Os homens, em geral, estimulam-se para o sexo mesmo após um estafante dia de trabalho e ainda que a ligação afetiva com a parceira não seja intensa. As mulheres, ao contrário, não se sentem normalmente dispostas quando

cansadas ou caso não exista ou tenha esfriado o afeto em relação ao parceiro. Após o orgasmo, os homens desinteressam-se com maior rapidez que as mulheres, também como regra geral.

Essas diferenças provavelmente se explicam pelas necessidades de sobrevivência da espécie humana. O macho precisa estar pronto para espalhar sua herança genética sempre que a oportunidade se apresenta, e, uma vez inseminada a fêmea, acabou sua participação na reprodução da espécie. A fêmea, por sua vez, deve ser seletiva procurando receber apenas material genético de primeira ordem, para garantir o aprimoramento da espécie, e simplesmente todo o processo natural de gestação do novo ser, iniciado com o ato sexual, é tarefa exclusiva dela, intransferível. Claro que no atual estágio de evolução cultural do ser humano, tais diferenças arquetípicas na comunicação sexual não são mais imprescindíveis à preservação da espécie. E, apesar delas ou mesmo em razão delas, muitos casais alcançam a gratificação sexual.

Por fim, a organização da vida. Como o aumento da complexidade do cotidiano tem sido crescente, encontrar alguém disposto a repartir as tarefas cada vez mais complicadas de organização da vida representa um enorme passo rumo ao tratamento racional dessa questão. Casar é também dividir tarefas. Antes da revolução dos costumes da segunda metade do século XX, as incumbências de cada

cônjuge na organização da vida estavam predefinidas segundo o sexo. Ao homem cabiam tarefas como trabalhar fora e trazer o dinheiro para a casa, defender a mulher e filhos nos conflitos mais sérios com estranhos, bem como administrar os interesses gerais da família, definindo o local da residência, a marca do automóvel, destino de viagem de férias, orçamento para a redecoração da sala etc. À mulher, por sua vez, cabia o trabalho doméstico, incluindo cozinhar, limpar a casa, lavar, passar, guardar e costurar as roupas, além do cuidado e educação dos filhos. Cada um sabia, assim, de antemão — na verdade, desde pequeno —, quais eram suas responsabilidades no casamento.

Após a revolução dos costumes, não há mais nada definido *a priori*. Cada casal deve *contratar* a divisão das tarefas de organização da vida na medida em que lhes convier. Se agirem de modo racional, procurarão distribuí-las segundo a melhor aptidão de cada um, em proveito dos dois. Se um dos cônjuges é mais competente que o outro para fazer compras de supermercado, por exemplo, ganham ambos se essa tarefa lhe for atribuída; em contrapartida, o outro cônjuge assumirá afazer diverso compatível com suas habilidades. A repartição das tarefas de organização da vida, hoje em dia, tem sido feita de comum acordo dos cônjuges, independentemente do gênero, afastando-se de maneira progressiva os antigos esquemas (item 2).

As três motivações para o casamento aqui apresentadas

são autônomas. Amar, ter gratificação sexual e organizar a vida podem combinar-se ou não. Alguém pode amar uma pessoa, mesmo sem ter por ela qualquer atração sexual. Pode amar também, ainda que não consiga conviver com a pessoa amada na mesma casa. Por outro lado, duas pessoas que se satisfazem sexualmente de forma intensa e completa não precisam necessariamente se amar. Igualmente o entrosamento sexual não é garantia nenhuma de que poderiam organizar racional e eficientemente a vida em comum. Por fim, homem e mulher podem dividir e executar as tarefas do cotidiano de modo altamente satisfatório, sem que se amem ou tenham o mínimo interesse sexual um pelo outro. Não há receita ou fórmula de felicidade; mas, como é grande a busca por parceiro ou parceira em que convirjam as três motivações — amar, ter gratificação sexual e poder organizar adequadamente a vida com uma só e mesma pessoa —, é provável que nela esteja um dos seus segredos.

Pois bem, afinal, o que leva um homem e uma mulher a se casarem?

É a organização da vida. Não o amor, nem a gratificação sexual. Olhando à volta as experiências concretas de casamento que conhece, o estudioso dos conflitos de interesses e de sua superação (suficientemente distanciado) chega a essa conclusão. Tanto assim, que sobrevivem muitos casamentos, mesmo depois do fim de qualquer admiração ou respeito entre os cônjuges e do menor

resquíio de atração sexual, *desde que* a vida continue estruturada: os dois continuam trabalhando e repartindo boa parte do salário e cada um deles cuidando de suas tarefas (levar o automóvel ao conserto, gerenciar os serviços domésticos, fazer supermercado, fazer a declaração do imposto de renda, discutir com o vizinho, contratar e fiscalizar a manutenção dos equipamentos eletrodomésticos, levar e buscar os filhos na escola etc.). De outro lado, quando o matrimônio não facilita o gerenciamento do cotidiano, o amor e a libido não têm sido suficientes para manter unidos os cônjuges. Se o marido desemprega-se, deixa de trazer dinheiro para casa, acovarda-se nos desentendimentos com a vizinhança, não troca as lâmpadas queimadas, ou a mulher não mais capricha na comidinha, deixa empilhar a roupa suja, executa mal e porcamente a limpeza da casa — é difícil que tudo fique bem só porque os dois se amam ou se entendem maravilhosamente na cama. Amor e sexo são motivações insuficientes para o casamento.

Conheço histórias de casamentos desfeitos porque terminou o amor; mas conheço muito mais histórias de casamentos que persistiram, apesar do fim do amor, porque cada esposo continuou a cumprir sua parte na divisão das tarefas.

São três as motivações associadas ao casamento: amor, gratificação sexual e organização da vida. Essa última é a decisiva. Inúmeros casamentos sobrevivem sem amor e sexo, mas dificilmente se mantêm se os cônjuges não executam satisfatoriamente as tarefas cotidianas que lhes incumbem.

Por fim, pode alguém objetar que a maternidade ou paternidade seria uma das fortes motivações do matrimônio. No passado, sem dúvida; hoje, não mais. Atualmente, ninguém precisa casar para engravidar ou criar filhos: a medicina sabe como fazer e a sociedade não rejeita a família monoparental voluntária. Assim sendo, quem se casa com o objetivo de ter filho, a rigor, está preocupado com a

organização da própria vida. Sabe ou intui que a gratificante experiência de ser mãe ou pai não virá desacompanhada de acentuado aumento nas tarefas do cotidiano. Casado, terá com quem as dividir.

2. A CONDIÇÃO DA MULHER NO CASAMENTO HETEROSSEXUAL

Homens e mulheres são diferentes em vários aspectos. Sob o ponto de vista biológico, as diferenças são muitas. Pense no orgasmo. No homem, embora possa variar a intensidade e a gratificação, o orgasmo é sempre de um só tipo — acompanha a ejaculação. Na mulher, a complexidade é bem maior. De início, podem-se divisar pelo menos dois tipos diferentes de orgasmo: o vaginal e o clitoriano. O vaginal deriva dos movimentos da vagina quando penetrada pelo membro viril ereto. O clitoriano, a seu turno, é pleno de nuances. Certos estímulos que o despertam num ato podem ser totalmente insípidos e indiferentes em outro, mesmo sem mudança do parceiro e de seu caloroso empenho.

Além das diferenças biológicas, há outras de ordem psicológica e cultural. Dessas diferenças resultam variadas habilidades normalmente associadas a cada gênero da espécie humana. As mulheres executam com mais eficiência determinadas tarefas do que os homens, e vice-versa. Mas tome cuidado: o discurso politicamente correto do nosso tempo condena a mínima menção às diferenças naturais, na

identificação das habilidades de cada gênero. Procura esse discurso atribuir a maior ou menor eficiência na execução de certa tarefa a exclusivos fatores culturais, em uma palavra, à repugnante ideologia machista. Mas deitando-o ao largo, podem-se apontar habilidades *normalmente* associadas a cada um dos sexos. Em geral, os homens saem-se melhor que as mulheres ao levar o carro ao conserto; e as mulheres são mais eficientes que os homens na organização de malas de viagem. Claro, *qualquer* mulher pode ser muito eficiente no trato com o mecânico, assim como *qualquer* homem consegue arrumar uma mala de modo satisfatório. Não há nenhuma tarefa da qual um determinado gênero, por definição, esteja afastado. Pelo contrário, todos podem fazer tudo com eficiência. Determinadas tarefas, contudo, *costumam* ser mais fáceis para o homem e outras, para a mulher.

Machismo nenhum existe na identificação de diferentes habilidades entre os gêneros. Existe, na verdade, na *hierarquização* delas. A ideologia machista se manifesta na afirmação de que as tarefas normalmente associadas ao homem são de importância superior às da mulher. Dizer que os homens, em geral, têm mais facilidade com a instalação de programas no computador caseiro que as mulheres, e que essas se viram melhor no gerenciamento da despensa doméstica não tem nada de preconceituoso. O preconceito existe na afirmação de que instalar programas em

computadores seria mais importante que gerenciar a despensa, ou vice-versa.

A preocupação do discurso politicamente correto é plenamente compreensível. A ideologia da supremacia do homem é das mais antigas e só recentemente tem cedido aos valores da igualdade de gêneros; mesmo assim, a muito custo. Um dos indicadores da forte presença dessa ideologia — mas também de como ela tem-se enfraquecido nos últimos anos — pode-se encontrar nos desenhos animados. Quando eu era criança, dois *cartoons* da Hanna-Barbera faziam enorme sucesso na televisão: os *Flintstones* e os *Jetsons*. O *s Flintstones* era ambientado na idade da pedra e os *Jetsons*, no futuro. Apesar do extraordinário distanciamento no tempo em que estavam ambientados os *cartoons*, a estrutura familiar nos dois era a mesma: o homem trabalhando fora e a mulher se desincumbindo das tarefas domésticas. Tanto Fred Flintstone como George Jetson eram empregados descontentes com seu trabalho, mas plenamente confortáveis na distribuição das tarefas de organização da vida com suas mulheres, Vilma e Jane. A eles cabia cuidar do animal da casa: Fred toda noite tentava levar Dino ao quintal e George passeava com Astor, na esteira rolante do prédio em que morava. O resto era da exclusiva responsabilidade das mulheres. Jane costumava reclamar de ter que apertar tantos botões para pôr em funcionamento máquinas fabulosas de lavar, passar, guardar, limpar e

cozinhar. Não me lembro de Vilma reclamando de nada, mas os pequenos dinossauros e outros animais que faziam as vezes de utilidades domésticas eram bastante reclamões. Penso que a queixa de Jane só servia para ridicularizar a das mulheres reais daquele tempo, que, em sua maioria, ao contrário das mães e avós delas, podiam já contar com muitos aparelhos elétricos a facilitar o dia a dia; e que o queixume dos animais usados como utilidades domésticas por Vilma sugeriam algo semelhante: as mulheres tinham menos direito de reclamar que os eletrodomésticos. De qualquer forma, a mensagem tinha clareza solar: a estrutura da família predominante na sociedade norte-americana até os anos 1960 era imutável: existia desde o início e existiria para sempre.

A ideologia machista começou a declinar com o considerável aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho e a revolução dos costumes que o acompanhou. A indesculpável diferença de salários pagos pelo mesmo trabalho a homens e mulheres ainda persiste em muitas economias capitalistas, inclusive algumas das centrais, mas é inegável que os valores de igualdade de gênero vêm penetrando a cultura e encurralando o machismo. A mudança é notável mais uma vez nos desenhos animados. Quem compara a produção de longas-metragens animados dos estúdios Disney o percebe com facilidade. Enquanto Branca de Neve (1937), Cinderela (1950) e a bela

adormecida Aurora (1959) são mulheres passivas totalmente dependentes do homem que amam, Ariel (1989), Bela (1991) e Mulam (1998) são decididas, sabem muito bem o que querem da vida e perseguem seus objetivos com as próprias forças, conquistando *na passagem* o coração de seu bem-amado.

A mudança na condição da mulher em relação ao casamento foi significativa com o surgimento da família contemporânea. Compare a história de duas *entertainers*, Carmem Miranda, que viveu de 1909 a 1955 (antes, portanto, da revolução dos costumes), e Maria da Graça Meneghel, a Xuxa, nascida em 1963 (em plena revolução). Os biógrafos dizem que Carmem queria muito ser mãe, mas não poderia realizar esse sonho se não fosse casada. No tempo em que viveu, certamente sofreria prejuízos irrecuperáveis em sua carreira artística, se acaso engravidasse solteira. Submeteu-se, então, a um casamento estranho e infeliz, para poder ser mãe; mas não conseguiu ter filho. Xuxa, por sua vez, é mãe solteira, fato que em absolutamente nada atrapalha sua profissão. Pelo contrário, a gravidez e maternidade até ajudaram a atrair legitimamente mais a atenção da imprensa e dos fãs para o seu trabalho.

Um dos objetivos do casamento é a repartição das tarefas afetas à organização da vida, cada vez mais complexas.

Até a revolução dos costumes dos anos 1960, a repartição era feita de acordo com a ideologia machista, que reservava às mulheres todas as tarefas afetas à casa, incumbindo ao marido a de prover o dinheiro.

Atualmente, cada vez mais a repartição tem sido feita levando em consideração as aptidões de cada cônjuge.

Homens e mulheres se casam, como visto, para organizar suas vidas. Dividir as tarefas domésticas de modo eficiente é a *principal* razão do casamento. A eficiência pressupõe a divisão segundo as capacitações de cada um. No passado, quando a estrutura familiar era mais simples, as tarefas estavam divididas de antemão, cabendo ao homem prover dinheiro, definir o domicílio da família e impor os castigos mais severos aos filhos desobedientes, e à mulher cozinhar, lavar, passar, costurar, limpar a casa, cuidar dos filhos e educá-los. Hoje em dia, a divisão atende às conveniências de cada casal. Se é mais fácil que o homem vá levar e buscar os filhos na escola, cozinhar ou fazer o supermercado, são dele essas tarefas; se uma mulher tem mais facilidade que o seu marido para negociar o contrato de locação, levar o carro ao conserto e fazer a declaração do imposto de renda, cabe a ela cuidar desses assuntos. Se, afinal, o que se busca é a eficiência no trato das coisas do dia a dia, em proveito dos dois e dos filhos, de nada valem os parâmetros de antanho na divisão de tarefas entre marido e mulher. O que interessa é respeitar as habilidades que cada cônjuge revela possuir. Esqueça o amor e a gratificação sexual — o segredo dos casamentos duradouros (não necessariamente felizes) é a divisão racional das tarefas domésticas com respeito à individualidade dos cônjuges.

3. PREMISSAS FUNDAMENTAIS DO CASAMENTO

Para casar-se, a pessoa precisa ser capaz e estar desimpedida. Essas são as premissas fundamentais. A capacidade e o desimpedimento não se confundem. Na primeira, tem relevância o fator da idade dos nubentes. As condições em que o casamento pode ocorrer variam segundo tenham já alcançado a idade núbil e a maioridade (subitem 3.1). Os impedimentos, por sua vez, estão relacionados a fatores diversos, alguns biológicos, outros jurídicos. Visam impedir o casamento conflitante com valores que o ser humano cultiva desde tempos imemoriais (subitem 3.2). Ao lado das premissas fundamentais da capacidade e dos impedimentos, situam-se as causas suspensivas, que obrigam aos nubentes a adoção do regime de separação de bens (subitem 3.3).

3.1. Capacidade

A capacidade para o casamento é regida por normas específicas. Relembrando, a capacidade civil se inicia aos 18 anos. Até fazer 16, a pessoa é absolutamente incapaz, e sua vontade é em tudo irrelevante para a prática, em nome dela, de negócios jurídicos. Basta a dos pais, que, no exercício do poder familiar, a representa. A partir do 16º aniversário, a incapacidade é relativizada. Embora a pessoa necessite ainda da assistência dos pais, contra sua vontade já não se podem mais praticar negócios jurídicos em nome dela (CC, art. 1.634,

V). Em síntese, para a prática de negócio jurídico em nome de menor absolutamente incapaz, basta a vontade dos pais; se o menor é relativamente incapaz, é necessária a convergência das vontades dele e dos pais.

E a capacidade para o casamento? Ela vem definida assim: “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil” (CC, art. 1.517), mas, “excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição do cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez” (art. 1.520).

Em outros termos, até completar 16 anos, o menor só pode casar excepcionalmente, mediante autorização do juiz e se ocorrer uma das hipóteses legalmente previstas. Entre os 16 e 18 anos, é necessária a convergência de vontade da pessoa que pretende se casar e de seus pais. A diferença, nesse último caso, em relação à regra geral é meramente de forma: os pais não assistem, mas autorizam o ato. Em termos substanciais, não há diferença, já que contra a vontade do menor relativamente incapaz ou de seus pais não haverá casamento, como não pode haver qualquer outro negócio jurídico.

A autorização deve ser dada pelo titular ou titulares do poder familiar (CC, art. 1.634, III). Se vivos os dois pais, devem ambos concordar em expedi-la. Havendo divergência,

qualquer um deles pode requerer ao juiz que a resolva (CC, art. 1.631, parágrafo único). Trata-se, em princípio, de ato discricionário. O pai ou mãe pode conceder ou recusar a autorização em função exclusivamente do que pensam ser melhor ao filho. Não há necessidade de motivação.

Denegada a autorização pelos pais, ou por um deles, o menor pode requerer ao juiz o suprimento. Fala a lei em injustiça da denegação como fundamento para o juiz suprir o consentimento (CC, art. 1.519), o que confere ao Poder Judiciário ampla margem para atuação. Se o juiz a quem couber julgar a demanda autorizasse o casamento de seu próprio filho, se ele estivesse na mesma situação do requerente, então terá sido injusta a recusa de autorização dos pais. Caso contrário, se o juiz, colocando-se na mesma situação daqueles pais, também não autorizasse o filho a casar-se, então foi justa a denegação.

Até a celebração do casamento, a autorização é revogável. A revogação é também ato discricionário. O pai ou mãe pode retirar sua concordância com o casamento, se o fizer até a celebração, sempre que entender que o passo não corresponde ao melhor para seu filho. Como a motivação não é exigível na concessão, também não se a exige para revogar. Sendo injusta a revogação, porém, pode o menor requerer o suprimento da autorização. Obtido, poderá inclusive demandar perdas e danos contra aquele que havia dado o consentimento e, posteriormente, o retirou

indevidamente.

Quando vivo um dos pais somente, ele exerce sozinho o poder familiar. Também no caso de ter sido um deles destituído desse poder, cabe ao outro, com exclusividade, seu exercício. A autorização para o casamento, nesses casos, é evidentemente do único titular do poder familiar. É irrelevante se o destituído concorda ou discorda do casamento do filho, sendo suficiente a aquiescência do outro. Quando mortos os dois pais, cabe ao tutor decidir se autoriza o matrimônio do menor. Eventualmente, a faculdade é titulada pelo curador, se for um dos pais interdito e o juiz lhe tiver dado esse poder. Nessas hipóteses todas, o consentimento é suprível pelo juiz quando injusto e, se tiver sido dado, pode ser revogado até a celebração.

Até os 16 anos, a pessoa só pode casar com autorização judicial, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

A partir dos 16 anos, a pessoa tem capacidade para se casar, mas enquanto não alcançar a maioridade (18 anos), necessita da autorização do titular do poder familiar, tutor ou curador.

Enquanto não alcançada a idade núbil (quer dizer, até os 16 anos), o casamento tem natureza excepcional. Os adolescentes não possuem maturidade psicológica suficiente para tomar o sério passo da união matrimonial. Não raras vezes, faltam-lhes igualmente recursos materiais

para os compromissos correspondentes. Aqui, nem mesmo os pais têm a faculdade de autorizar o ato, que depende de autorização judicial (Lei n. 6.015/73, art. 68).

A autorização judicial para o casamento de pessoas sem idade núbil não é ato discricionário, porque só pode ser concedida nas duas únicas hipóteses delineadas pela norma legal: para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez (CC, art. 1.520).

O casamento é causa de extinção de punibilidade de crimes contra os costumes, como o de estupro, corrupção de menores e outros (CP, arts. 213 a 218). Se o rapaz de 18 estupra menina de 14 anos, comete crime punível com reclusão, de 6 a 10 anos. O casamento deles, no entanto, extingue a punibilidade do ilícito, livrando o estuprador da pena. Se a menina e seus pais quiserem, poderão pedir a autorização judicial para aquela se casar antes da idade núbil. Trata-se de resquício odioso de um tempo em que o defloramento da mulher antes do casamento causava-lhe negativas consequências sociais, entre as quais a extrema dificuldade de encontrar esposo. Havia, assim, em certo sentido, interesse da vítima em se casar com o criminoso. Sopesando prós e contras, repugnava-lhe menos a alternativa de se vincular matrimonialmente ao agressor do que a perspectiva de ficar sozinha o resto da vida. Essa velharia deveria já ter sido extirpada da ordem jurídica.

O outro fundamento é a gravidez. O suprimento da idade

pode, nesse caso, dizer respeito a qualquer um dos nubentes. Se menor de 16 anos engravidou mulher com mais de 18, é necessário que ele e seus pais requeiram a autorização judicial; se mulher com menos de 16 engravidou de homem com mais de 18, ela e seus pais é que estão legitimados; se os dois não têm idade núbil, eles e seus respectivos pais devem fazer o pedido. Parte a lei do pressuposto de que o casamento será a melhor alternativa para todos, inclusive para o bebê que está a caminho. Não é assim, contudo, em toda e qualquer hipótese. A gravidez prematura, por si só, certamente irá marcar a vida dos jovens pais: eles terão a adolescência abreviada, poderão sofrer prejuízos na formação profissional, sem falar de danos psicológicos e sociais. Se forem forçados ao casamento prematuro também, isso poderá agregar mais efeitos negativos que positivos ao já delicadíssimo quadro que a gravidez ocasionou. Antigamente, não havia mesmo muito a ponderar: se engravidou, o melhor era casar. Nos dias de hoje, entretanto, é real a alternativa de os jovens se desincumbirem de suas responsabilidades de pais sem necessariamente estarem casados.

3.2. Impedimentos

Não basta ser maior ou ter idade núbil para a pessoa se casar. É necessário, ainda, que ela esteja desimpedida. Com os impedimentos, objetiva a lei compatibilizar o casamento

com valores cultivados pela espécie humana, alguns deles desde a pré-história, como a proibição do incesto. Outros valores da sociedade ocidental de raízes europeias, como a monogamia, também são prestigiados pelas normas sobre impedimentos matrimoniais.

Estão impedidos de se casarem (CC, art. 1.521):

a) Pessoas casadas. Quem porta o estado civil de casado não pode casar-se com mais ninguém. Também o separado judicialmente (sob a égide do direito vigente antes da EC n. 66/2010) está sujeito ao mesmo impedimento, porque apenas o divórcio ou o falecimento do cônjuge põe fim ao casamento válido (CC, art. 1.571, § 1º). Para se casar, assim, a pessoa deve ter um de três estados civis: solteiro, divorciado ou viúvo. Esse impedimento se enraíza no primado da monogamia. Na cultura predominante no Brasil, ninguém pode ligar-se, por vínculo de conjugalidade, a mais de uma pessoa do sexo oposto. A ordem jurídica espelha esse forte traço cultural: o desrespeito a esse impedimento é criminalizado; bigamia é crime, punido com reclusão de 2 a 5 anos (CP, art. 235).

b) Ascendentes com descendentes. Pais e filhos, avós e netos não podem casar-se. O direito brasileiro reproduz, nesse impedimento, um dos aspectos da ancestral proibição do incesto. Trata-se da primeira lei adotada pela espécie humana. A vedação de relações sexuais entre ascendentes e descendentes era uma forma de garantir a diversidade

genética, fator essencial à melhor capacitação de homens e mulheres no enfrentamento da seleção natural. Cedo, arraigou-se na cultura dos povos primitivos. Hoje, com ampla acessibilidade aos métodos contraceptivos, o incesto na linha reta permanece vedado em vista dos enormes danos psicológicos e sociais que a relação sexual entre pais e filhos pode ocasionar nesses últimos. Por essa razão, inclusive, é que o impedimento alcança também a hipótese de filiação não biológica. Sendo natural ou civil o parentesco, ascendentes e descendentes não podem casar-se.

c) Irmãos e o adotado com o filho do adotante. Os irmãos estão impedidos de se casarem, independentemente do vínculo de parentesco existente entre eles. Irmão e irmã não se casam, sejam filhos dos mesmos pais (bilaterais) ou tenham só o pai ou a mãe em comum (unilaterais); sejam filhos biológicos ou adotados.

d) Parentes colaterais de terceiro grau. Para se casarem, tio e sobrinha ou tia e sobrinho precisam passar por exame de saúde prévio, feito por dois médicos nomeados pelo juiz competente para a habilitação. O casamento poderá acontecer se atestada a inexistência de inconvenientes, sob o ponto de vista da saúde dos nubentes e dos filhos que possam ter (Dec.-Lei n. 3.200/41, arts. 1º a 3º). Uma vez mais, a preocupação da lei ecoa a incessante busca da diversidade genética da espécie humana. Os parentes colaterais de terceiro grau provêm de tronco comum, mas não descendem

uns dos outros nem dos mesmos pais. Essas circunstâncias biológicas e mais a da separação por três gerações entre os nubentes reduzem os riscos que a pequena diversidade genética representa à perpetuação da espécie. Daí a admissibilidade do casamento quando não existirem óbices de ordem médica.

e) *Parentes afins em linha reta, o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi cônjuge do adotante.* O casamento e o estabelecimento de união estável vinculam cada cônjuge e companheiro com os parentes do outro. É o parentesco por afinidade. Genro ou nora e os sogros são parentes afins, assim como os cunhados. Também são parentes afins o marido e os filhos exclusivos da mulher, bem como a mulher e os filhos exclusivos do marido. Padrasto e madrasta são, portanto, afins do filho de seu cônjuge ou companheiro. O impedimento guarda remota relação com a proibição do incesto, no plano simbólico, na medida em que o matrimônio fazia dos sogros uma espécie de segundos pais (na língua inglesa, a tradição é evidenciada nas designações do vínculo: *father in law, mother in law, brother in law* etc). Padrasto e madrasta são igualmente uma espécie de segundos pais.

Não vai além da linha reta o impedimento no parentesco afim. Quer dizer, o viúvo pode-se casar com a irmã da falecida, a divorciada com o irmão de seu ex-marido, e assim

por diante. Nas relações verticais, o matrimônio é sempre impedido. Quem já foi casado com a mãe não pode desposar a filha, nem a neta; quem já foi esposa do filho, não pode se casar com o pai ou o avô; o adotado não pode casar-se com quem já foi cônjuge do adotante; nem o adotante pode-se casar com quem foi cônjuge do adotado. O impedimento dos parentes afins em linha reta persiste, mesmo depois do fim do casamento ou da união estável de que se originou o parentesco (CC, art. 1.595, § 2º).

f) Cônjuge sobrevivente com o condenado pelo homicídio ou tentativa de homicídio do consorte. Por fim, se um dos cônjuges ou companheiros tiver sido vítima de homicídio ou de tentativa de homicídio, a condenação penal imposta ao autor faz surgir novo impedimento. O cônjuge ou companheiro supérstite está impedido de se casar com o condenado. Para que se constitua o impedimento, é indispensável que tenha sido doloso o crime. Trata-se de norma visando o desencorajamento do assassinato do esposo ou esposa combinado entre o cônjuge e pessoa com quem pretende se ligar quando enviuvar. A lei, ao frustrar o objetivo colimado, contribui para desestimular o crime.

*São impedidos de casar: a) as
nessoas em estado civil de*

casadas ou separadas; b) pais e filhos, naturais ou adotivos; c) irmãos, germanos ou unilaterais, inclusive se um deles ou os dois forem adotados; d) tio e sobrinha ou tia e sobrinho, salvo se não houver inconveniente do ponto de vista da saúde deles e da prole; e) parentes afins na linha reta, bem como o adotado com quem já foi cônjuge do adotante e o adotante com quem já foi cônjuge do adotado; f) o cônjuge sobrevivente com o condenado pelo homicídio ou tentativa de homicídio contra o antigo

consorte, quando doloso o crime.

Os impedimentos podem ser suscitados por qualquer pessoa capaz, até o momento da celebração do casamento (CC, art. 1.522). Aliás, a cerimônia deve obrigatoriamente realizar-se a portas abertas (art. 1.534), para que qualquer pessoa tenha acesso ao local em que o casamento é celebrado e possa levar ao conhecimento do celebrante o impedimento de que tem notícia. A legitimação para a oposição do impedimento é ampla porque interessa a toda a sociedade, e não somente aos parentes mais próximos dos noivos, que o casamento impedido não se realize. A apresentação da oposição fundada em impedimento, porém, é uma faculdade das pessoas em geral, que podem ou não exercê-la. Já o juiz ou o oficial de registro, se tiverem conhecimento de uma causa impeditiva do casamento, são obrigados a declará-la (art. 1.522, parágrafo único).

É nulo o casamento que se realizar apesar do impedimento (subitem 7.1).

3.3. Causas suspensivas

Causas suspensivas são as que impedem a livre escolha, pelos nubentes, do regime de bens do casamento. Nas hipóteses arroladas pela lei, o casamento só pode

realizar-se no regime de separação de bens (CC, art. 1.641, I). Não há impedimento, nem obstáculo de outra natureza, à celebração do matrimônio. Mas os bens dos cônjuges, adquiridos antes e depois do casamento, não se comunicam pelo menos enquanto pender a causa suspensiva.

São quatro as hipóteses: a) o viúvo ou a viúva que tiver filhos do cônjuge falecido, enquanto não for feito o inventário e partilha dos bens deste; b) o divorciado, enquanto não homologada ou decidida a partilha dos bens relativos ao casamento anterior; c) o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não tiverem sido aprovadas as contas devidas ao término da tutela ou curatela; d) a viúva ou mulher cujo casamento se desconstituiu por nulidade ou foi anulado, até 10 meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 1.523).

As três primeiras causas suspensivas acima indicadas destinam-se a evitar a confusão patrimonial. Se o divorciado, por exemplo, pudesse casar-se em regime de comunhão, antes de partilhados os bens que tinha em comum com o ex-cônjuge, isso poderia dificultar a identificação do patrimônio deste e do novo cônjuge. Daí a obrigatoriedade do regime de separação.

O juiz pode liberar os nubentes da restrição imposta por essas causas suspensivas diante da prova de inexistência de

prejuízo para o herdeiro (letra *a*), o ex-cônjuge (letra *b*) e a pessoa tutelada ou curatelada (letra *c*). Quer dizer, se o sujeito cujos interesses a lei quer amparar claramente não está exposto ao risco de danos com o casamento sob o regime da comunhão, então não há razões para obrigar o da separação. Liberada a restrição, os nubentes podem escolher livremente o regime do casamento.

A última causa suspensiva das indicadas acima (letra *d*) destina-se a evitar a chamada *confusão de sangue*. Casando-se a viúva ou a mulher cujo casamento foi invalidado logo em seguida ao falecimento do cônjuge ou dissolução da sociedade conjugal, e vindo a dar à luz criança nos nove meses seguintes, poderiam restar dúvidas sobre a paternidade do rebento. Trata-se de mais uma velharia da lei. Com o exame de ADN, a possibilidade de confusão de sangue está totalmente descartada, não havendo por que a ordem positiva continuar a se preocupar com a hipótese. De qualquer modo, provando a nubente que, antes de vencido o prazo de dez meses, nasceu o filho (e, portanto, presume-se pai o seu antigo consorte) ou não existe gravidez, ela poderá casar-se no regime da comunhão.

Ao contrário do impedimento, que pode ser suscitado por qualquer pessoa capaz, na medida em que interessa a toda a sociedade que o casamento impedido não seja realizado, no tocante às causas suspensivas, o bem jurídico tutelado diz respeito a interesse individual. Por isso, só tem

legitimidade para arguir as causas suspensivas os parentes em linha reta e os colaterais em segundo grau de qualquer dos nubentes, consanguíneos ou afins (CC, art. 1.524). Ou seja, só podem opor-se ao casamento no regime de comunhão de bens, nas hipóteses delineadas pelas causas suspensivas, os ascendentes, descendentes de qualquer um dos noivos, os ascendentes e descendentes do ex-cônjuge deles, assim como os irmãos e cunhados.

Suscitada a causa suspensiva, se os nubentes haviam optado pelo regime de comunhão, para casarem devem alterá-lo para o da separação. Se o casamento realizar-se no regime de comunhão a despeito da causa suspensiva, a comunicabilidade dos bens não produzirá efeitos perante os sujeitos cujos interesses a lei pretende resguardar (os mencionados no parágrafo único do art. 1.523).

As causas suspensivas impedem que o casamento se realize em outro regime de bens que não o da separação.

Com a cessação da causa suspensiva, o regime do casamento continua a ser o da separação. Ele só se converte no de comunhão se os nubentes solicitarem ao juiz, com base no art. 1.639, § 2º, do CC (Cap. 57, item 5).

4. CONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

O casamento, segundo os costumes predominantes no meio urbano brasileiro do nosso tempo, tem início com a *cantada*. No bar, festa, escola, ponto de ônibus ou qualquer outro lugar, ele ou ela toma a iniciativa de revelar ao outro o seu interesse em vivenciar um relacionamento mais íntimo. A cantada pode dar certo ou não. Curiosamente, para que funcione, não precisa ser original ou inteligente. Se a pessoa a quem é endereçada se interessa também na vivência da intimidade sugerida, ela o comunicará de algum modo. Quer dizer, a cantada pode ser a mais usual e tola (algo como “sonhei com você ontem, sabia?”) que o essencial da mensagem (“quero ficar com você de modo mais íntimo”) foi transmitido. De outro lado, a mais criativa, espirituosa e sensível cantada que alguém pode engendrar não irá surtir efeito nenhum se dirigida a quem não tiver qualquer interesse no relacionamento de maior intimidade com quem cantou. Por isso, é tolice perscrutar novas abordagens: quem faz a cantada mais estúpida e manjada que existe, se a fizer para quem tem igual desejo de aproximação, alcançará o

objetivo; quem se esmera numa cantada nova, se a endereçar a quem não entusiasma a ideia da aproximação, perderá seu tempo.

Quando a cantada funciona, ele e ela vivenciarão um relacionamento mais íntimo. Se esta vivência for o único interesse de pelo menos um deles, logo mais o laço é desfeito e cada um procura novos parceiros ou parceiras. Mas se os dois quiserem experimentar não só o aumento da intimidade, mas também um relacionamento mais estável, terá início um período de convivência estreita. Esse período é chamado de *compromisso*, *namoro* ou *noivado*, conforme o desejo dos diretamente interessados, mais ou menos atentos a certas convenções ou rituais cultivados pela sociedade. Compromisso e namoro têm seus códigos, que variam segundo a idade e condição social ou cultural dos compromissados ou namorados. De comum, nota-se certa publicidade do relacionamento, maior frequência do convívio social e, em geral, fidelidade (exclusividade sexual). O noivado, por sua vez, segue-se ao compromisso ou namoro e é cercado de determinados símbolos (anel na mão direita, festa específica, organização da futura vida em comum etc.) destinados a tornar pública a decisão dele e dela de virem a se casar. Certas obrigações do casamento já são assumidas pelos noivos, como a fidelidade e amparo mútuo.

Dizem que esses períodos de convivência mais estreita

têm o objetivo de possibilitar a cada um dos interessados conhecer melhor o seu parceiro ou parceira para que possa decidir, com mais informações, se o casamento vale a pena. Na verdade, o que se aprende nesses períodos é *como* conviver com quem se escolheu. A decisão de casar ou não, na maioria dos compromissos, namoros ou noivados, já havia sido adotada de antemão: muitas vezes, na hora de fazer ou responder à cantada.

Antes de se casarem, no meio urbano brasileiro, costumam os nubentes vivenciar relacionamento mais íntimo por algum tempo. Segundo as convenções sociais, esse relacionamento pode ser um compromisso, namoro ou noivado, e corresponde a período em que os interessados procuram aprender como conviver um com o outro.

O processo de casamento civil compreende duas etapas: a habilitação (subitem 4.1) e a celebração (subitem 4.2). Essa última é gratuita, por força de preceito constitucional e legal

(CF, art. 226, § 1º; CC, art. 1.512). Já a habilitação não o é, em regra; assegura, porém, a lei às pessoas pobres a isenção das custas correspondentes, bem como do registro e da primeira certidão (art. 1.512, parágrafo único).

4.1. Habilitação

O homem e a mulher que decidem casar-se devem procurar o Cartório de Registro Civil da circunscrição do domicílio de qualquer um deles, levando os seguintes documentos: a) certidão de nascimento ou equivalente; b) se um deles ou os dois forem menores, a autorização por escrito dos pais ou responsáveis ou o suprimento judicial; c) declaração de duas pessoas maiores, parentes ou não, que conheçam os nubentes e possam afirmar a inexistência de impedimentos; d) declaração do estado civil, domicílio e residência dos nubentes e de seus pais; e) certidão de óbito do cônjuge falecido, sentença declaratória de nulidade ou anulação de casamento, transitada em julgado, ou de registro da sentença de divórcio (CC, art. 1.525). Os nubentes, na maioria das vezes, comparecem pessoalmente ao cartório, mas a lei permite que um deles seja representado por procurador (ou os dois).

Com o requerimento por escrito dos nubentes, tem início o processo de habilitação para o casamento. O oficial do registro confere a documentação, e se nada nela indicar a existência de impedimento, providenciará o edital (chamado

de *proclamas*). Nos quinze dias seguintes, o edital ficará afixado nos cartórios correspondentes às circunscrições dos domicílios dos dois pretendentes e será publicado pela imprensa local, se houver (CC, art. 1.527). O objetivo de tais formalidades é espalhar a notícia da intenção dos noivos de se casarem, de modo que possa chegar aos ouvidos de quem possa ter conhecimento de fator impeditivo do enlace. Claro que isso não acontece de fato. Quando alguém se apresenta ao cartório para noticiar impedimento, é porque ficou sabendo da vontade dos noivos por outros meios, e não porque tenha o hábito de ler proclamas.

A oposição é feita por escrito pelo legitimado, que a instruirá com as provas do que alegar ou indicação de onde podem ser conseguidas (CC, art. 1.529). Seu fundamento será a existência de impedimento ou de causa suspensiva. Apresentada a oposição, o oficial dará ciência dela aos nubentes, mediante a entrega da *nota da oposição* — instrumento em que são indicados os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu (art. 1.530). Têm, então, os nubentes o prazo de três dias para indicarem as provas que pretendem produzir com vistas a demonstrar a inconsistência da oposição. Se necessitarem de maior prazo, poderão requerer a dilação. Os autos da habilitação com a oposição e a indicação das provas a produzir pelos nubentes são remetidos, então, ao juízo.

Depois da dilação probatória e da oitiva do Ministério

Público, o juiz decidirá, declarando a pertinência da oposição e a existência do impedimento, arquivando a habilitação, ou sua inexistência (Lei n. 6.015/73, art. 67, § 5º). Se a oposição dizia respeito a causa suspensiva e tiver sido acolhida, o juiz determina a adoção do regime da separação de bens.

O casamento compreende duas etapas, sendo a primeira a da habilitação. Nela, após o requerimento dos noivos, o oficial do registro civil providencia a publicação dos proclamas, mediante a afixação do edital nos cartórios (das circunscrições dos domicílios dos dois pretendentes) e publicação pela imprensa, se houver. Também na fase de habilitação podem-se processar as oposições, fundadas em impedimento ou causa suspensiva.

Se não houve oposição ou se o processo não tiver sido arquivado em razão de impedimento, ele terá prosseguimento com a manifestação do Ministério Público (CC, art. 1.526). Em seguida, o oficial certifica a habilitação dos nubentes tão logo transcorrido, sem oposição, o prazo dos proclamas (art. 1.531) e expede a correspondente certificação (Rodrigues, 2004:32/33). Se houve impugnação, a habilitação é submetida ao juiz (art. 1.526, parágrafo único).

A certidão de habilitação tem eficácia por noventa dias, período em que deverá ser celebrado o casamento (CC, art. 1.532). Ultrapassado esse prazo sem a celebração, os noivos devem recomeçar o processo.

4.2. Celebração

Munidos da certidão de habilitação, os noivos devem requerer a celebração do casamento ao oficial de registro (CC, art. 1.533). Diz a lei que a celebração ocorre na sede do cartório, no dia e hora designados pelo celebrante, mas isso quase nunca acontece. Na expressiva maioria das vezes, ele é celebrado no dia, hora e lugar da conveniência dos noivos.

À solenidade devem estar presentes os noivos (ou seus procuradores com poderes especiais), as testemunhas (duas, se acontece na sede do cartório; ou quatro, se em outro lugar ou se os noivos não sabem ou não podem escrever), o oficial do registro e o celebrante. Esse último, também chamado de “presidente do ato”, é o juiz de paz ou de

casamento.

O prédio em que tem lugar a cerimônia deve permanecer de portas abertas, de modo a não obstar o acesso de qualquer pessoa, portadora eventualmente de notícia de impedimento. Note que o preceito que determina a permanência em aberto das portas do prédio ultimamente não tem sido cumprido à risca nos centros urbanos, por motivos ditados pela segurança pública. Se alguém provar ter sido obstado propositadamente em seu acesso ao local da cerimônia, razão pela qual não pôde apresentar a tempo o impedimento, será nulo o ato. Não havendo, porém, impedimento, não se declara nulo o casamento tão só pela circunstância de estarem cerradas as portas do prédio em que se realizou a celebração.

A cerimônia da celebração compreende algumas falas sacramentais. De início, o celebrante indaga aos nubentes se pretendem se casar por livre e espontânea vontade. A resposta afirmativa deve ser clara e segura, para que possa prosseguir a cerimônia. O celebrante tem a obrigação legal de suspendê-la imediatamente se qualquer dos nubentes recusar-se a dizer solenemente sua vontade de casar, declarar que ela não é livre e espontânea ou manifestar arrependimento. Não se admite a retratação do noivo que tiver dado causa à suspensão da cerimônia *no mesmo dia*. Quer dizer, uma vez suspensa, a solenidade só poderá ser reiniciada no dia seguinte. Veja que não exige a lei o

transcurso de prazo mínimo em horas, bastando que o prosseguimento da cerimônia aconteça depois da meia-noite do dia em que teve início e foi suspensa. Note que mesmo tendo a inesperada atitude do contraente nítido caráter jocoso, a cerimônia não poderá ter sequência, para que não pare a menor dúvida sobre a liberdade e espontaneidade da vontade nela manifestada pelos noivos.

Diante da segura resposta afirmativa dos dois, o celebrante pronunciará: “de acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados” (CC, art. 1.535). Ao determinar que o celebrante se dirija aos noivos na segunda pessoa do plural, enquanto pronuncia a fórmula sacramental, a lei acentua a solenidade do ato. A partir dessa declaração de quem preside a celebração, que pressupõe a prévia afirmativa dos nubentes, considera-se consumado o casamento e constituído o vínculo matrimonial (art. 1.514).

A cerimônia do casamento, que deve ocorrer num prédio de portas abertas, é marcada por algumas falas sacramentais. Depois de cada contraente manifestar de modo claro sua livre e espontânea vontade de casar, o celebrante os declara solenemente casados. Proferidas essas falas, o ato está consumado.

Em seguida, é lavrado o assento, que deve ser assinado pelo oficial do registro, celebrante, testemunhas e cônjuges. Dele constarão os elementos previstos em lei, como a identificação e qualificação dos esposos, seus pais, testemunhas, dos respectivos cônjuges anteriores, se houver, além das datas da publicação dos proclamas e da celebração do casamento e o regime de bens adotado (CC,

art. 1.536). O assentamento é formalidade de natureza meramente probatória, exceto quando destinado a conferir efeitos civis a cerimônia religiosa, quando tem força constitutiva (Gonçalves, 2005:88).

4.3. Ritos especiais

O processo descrito nos subitens anteriores é o do casamento em sua forma ordinária, usual. A lei trata de algumas situações especiais, em que a habilitação e celebração não se realizam por essa forma.

São elas:

a) *Casamento religioso com efeitos civis*. No Brasil monárquico, as pessoas se casavam exclusivamente na Igreja Católica (ou, a partir de 1863, noutra religião professada pelos noivos) e não existia a figura do casamento civil. Um dos primeiros atos da República foi instituí-lo. A tradição, até hoje, é a do casamento tanto no civil como no religioso.

A lei reconhece efeitos civis à *celebração* do casamento religioso. Não dispensa, no entanto, a *habilitação* feita no âmbito do Registro Civil e homologada pelo juiz. São duas as hipóteses em que a celebração do casamento religioso tem o efeito de dispensar a solenidade civil.

Na primeira, a cerimônia religiosa acontece *antes* da expedição da certidão de habilitação. Os nubentes declaram a vontade de se casarem perante o celebrante religioso

(padre, pastor, rabino, babalorixá etc.), no contexto do ritual adotado pela respectiva religião. Uma vez expedida a certidão de habilitação, e no prazo de sua eficácia, os noivos exibem ao cartório o documento expedido pela entidade religiosa atestando a realização da cerimônia (CC, art. 1.516, § 2º).

Na segunda, a cerimônia religiosa realiza-se *após* a expedição da certidão de habilitação. Nos noventa dias seguintes à celebração, o celebrante ou qualquer interessado comunica sua realização ao Registro Civil (art. 1.516, § 1º). Note que é indiferente, nesse caso, quanto tempo medeia a conclusão do processo de habilitação e a cerimônia religiosa. Esta pode ser celebrada muito tempo depois de vencido o prazo de eficácia da certidão. O que interessa à lei é o tempo decorrido entre a cerimônia religiosa e a comunicação ao Registro Civil, que não pode ser maior que noventa dias. Se ultrapassado esse prazo, os noivos devem requerer nova habilitação. Nesse caso, está-se diante, a rigor, da hipótese anterior de eficácia civil da cerimônia religiosa, em que ela antecede à habilitação civil. Aplica-se, então, o art. 1.516, § 2º, do CC. Veja que, para fins jurídicos, os noivos, interessados em manter eficaz a habilitação feita, até poderiam optar por nova cerimônia religiosa, já que à lei importa o lapso decorrido entre a data da sua realização e a da comunicação; mas essa alternativa tende a agredir a consciência religiosa deles, porque ela sugere a inexistência

do vínculo matrimonial antes da repetição da solenidade.

Nas duas hipóteses em que a lei atribui efeitos civis à cerimônia religiosa do matrimônio, consideram-se casados os nubentes na data da celebração (CC, art. 1.515). Desse modo, a menos que houvesse algum impedimento à época em que ocorreu a celebração, a validade do casamento religioso equivale plenamente à do civil.

b) Casamento em caso de moléstia grave. Se um dos nubentes cai doente e fica impedido de comparecer ao local designado para a celebração, ou teme não sobreviver até sua data, autoriza a lei que o celebrante (ou seu substituto legal) vá ao encontro dele para, na presença do outro contraente e de duas testemunhas que saibam ler e escrever, consumir o ato. Se o oficial do registro puder comparecer, levará consigo o livro de assentos. Colhida a livre e espontânea declaração de vontade dos noivos e pronunciada a fórmula sacramental, é lavrado o assento. Se o oficial de registro não estiver presente, o celebrante nomeará alguém para a função de escrever o termo numa folha avulsa, o qual deve ser registrado, na presença de duas testemunhas, nos cinco dias seguintes (CC, art. 1.539).

Em princípio, essa forma especial de casamento pode ser adotada apenas se já estiver homologada a habilitação. A lei não faz nenhuma ressalva expressa nesse sentido, mas, ao dispor sobre o tema no capítulo relativo à celebração, sugere que a primeira fase do casamento deve estar já concluída. Se

ocorrer, no entanto, de as circunstâncias recomendarem a urgente celebração do matrimônio, antes mesmo da expedição da certidão de habilitação, o juiz de direito, se provocado, poderá posteriormente validar o ato. Imagine que tivesse sido chamada a autoridade religiosa, em vez do juiz de paz. Aquele poderia fazer, como visto acima, uma celebração inteiramente válida e eficaz, a despeito da instauração ou do andamento do processo de habilitação. Não é compatível com o princípio constitucional da isonomia que não se reconheçam iguais validade e eficácia ao ato presidido pela autoridade civil, nas mesmas condições.

c) *Casamento nuncupativo*. Também conhecido como casamento *in extremis* ou *in articulo mortis*, tem lugar quando um dos contraentes se encontra em iminente risco de vida. Foi baleado, vitimou-se num acidente de trânsito, acometeu-lhe mal súbito — em suma, por qualquer razão, um dos noivos se encontra num estado em que é provável sua morte em poucas horas. Se não houver tempo de chamar o celebrante, mas estando presente o outro nubente (ou procurador deste), o casamento pode realizar-se na presença de seis testemunhas. Elas não podem ser parentes de nenhum dos nubentes, na linha reta ou colateral, até segundo grau, para que tenha validade o casamento. Os noivos, então, declaram em *viva voz* (daí a designação de “nuncupativo”) que se recebem por marido e mulher, livre e espontaneamente.

Nos dez dias seguintes, as testemunhas devem comparecer perante o juiz de direito, para confirmarem que atenderam ao chamado de uma pessoa que parecia estar em perigo de vida, mas em seu juízo, e que presenciaram o fato de ela e o outro nubente enunciarem de forma oral a vontade de se casarem. Se uma ou mais delas não comparecer espontaneamente, qualquer interessado pode requerer sua intimação ao juiz.

Tomadas por termo as declarações, o juiz, depois de ouvir o Ministério Público, fará as diligências destinadas a verificar a inexistência de impedimentos, isto é, se os contraentes podiam ter-se habilitado no modo ordinário. Qualquer interessado pode pedir para ser ouvido, trazendo novos elementos aos autos ou simplesmente reforçando os existentes. Em seguida, o juiz proferirá sentença declarando a validade do casamento ou a denegando. No primeiro caso, após o trânsito em julgado, faz-se o registro (CC, arts. 1.540 e 1.541; Lei n. 6.015/73, art. 76).

Devem ser estritamente observados os requisitos legais para configurar-se o casamento nuncupativo. A Justiça já considerou não caracterizada essa modalidade de casamento na hipótese em que o noivo faleceu no dia anterior àquele em que ocorreria a celebração. A inequívoca vontade manifestada pelo casal e mesmo o transcurso do processo de habilitação foram insuficientes para se considerar celebrado o casamento nuncupativo (*RT, 841/338*).

Restabelecido, por qualquer razão, o contraente que se encontrava em iminente risco de vida, as formalidades indicadas podem ser supridas pela ratificação do casamento. Note que o ato de ratificação não é obrigatório em caso de sobrevivência do nubente. Mas, uma vez praticado, dispensam-se as testemunhas. Por outro lado, nenhum dos nubentes, nem mesmo o que se recuperou, tem o direito de se retratar. Estão casados, para todos os fins de direito.

d) Casamento por procuração. O noivo ou noiva não precisa estar presente à cerimônia, para que ela se realize, quando for representado por um procurador nomeado com poderes especiais em instrumento público. A eficácia do mandato é de noventa dias, devendo ser renovado após esse prazo.

Até o momento da celebração, o nubente mandante pode cassar o mandato. Só pode fazê-lo também por instrumento público. Se a notícia da revogação não chegar a tempo de se cancelar a solenidade, e esta se realizar, será, em princípio, inválida. Terá validade se, malgrado a revogação, houver posterior coabitação dos cônjuges. Não se instalando a coabitação, remanesce a invalidade, e o mandante responderá pelas perdas e danos que a falta de tempestiva comunicação da revogação ocasionou. A cassação dos poderes depois de realizada a cerimônia é ineficaz (CC, art. 1.542).

Em algumas situações especiais, o rito ordinário da habilitação e celebração do casamento não precisa ser observado. É o caso do casamento religioso com efeitos civis ou do realizado quando um dos nubentes se encontra gravemente enfermo ou em iminente risco de vida.

e) *Casamento consular.* Quando dois brasileiros residentes no exterior desejam se casar segundo o direito brasileiro, podem fazê-lo perante a autoridade consular (LINDB, art. 18). Tanto a habilitação como a celebração devem observar as normas ordinárias, mas a eficácia do ato está condicionada ao registro tempestivo no Registro Civil. A partir do retorno de qualquer um deles ao Brasil, começa a

correr o prazo de cento e oitenta dias para ser requerido o registro do casamento, perante o cartório da circunscrição do domicílio dos cônjuges, ou, em sua falta, o 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir (CC, art. 1.544).

4.4. Prova do casamento

A certidão do registro é a prova do casamento. Admitem-se outras apenas no caso de perda do registro, isto é, do livro em que fora feito o assento e também de todas as cópias das certidões expedidas. Nesse caso, o interessado pode requerer ao juiz que declare a existência do vínculo matrimonial, seu início e regime, à vista da prova do “estado de casado” por meio de depoimento de testemunhas, exibição de escritos, fotografias e documentos etc. (CC, art. 1.543 e parágrafo único). Em qualquer processo judicial visando declarar a existência do casamento, milita a presunção em favor dele, se provado o estado de casados (CC, art. 1.547). Quer dizer, na dúvida, o juiz deve declarar a existência do vínculo matrimonial.

Nesse caso e em todos os outros em que a prova do casamento resulta de processo judicial, o registro da sentença no Registro Civil retroage à data em que ele se realizou (CC, art. 1.546). Considere, por exemplo, que a pessoa em iminente risco de vida declarou, junto com o outro contraente, que se tomavam por marido e mulher, diante de seis testemunhas, e faleceu logo em seguida. O

processo judicial demorou cinco anos para se concluir, e quando transitou em julgado a sentença validando o matrimônio, o outro cônjuge também já estava morto. O registro da decisão judicial no Registro Civil será *post mortem*, e para todos os efeitos legais, o casamento nuncupativo ocorreu na data da declaração convergente de vontade dos nubentes.

4.5. Responsabilidade civil do noivo desistente

A vontade de contrair núpcias, pela relevância dos efeitos advindos da constituição do vínculo matrimonial, deve sempre ser livre e espontânea. Ninguém pode ser levado a casar-se contra a vontade. Por menor que seja, havendo qualquer dúvida a incomodar o espírito do contraente, ela é relevante para ordem jurídica. Até o momento em que o celebrante pronuncia a fórmula sacramental, declarando os nubentes casados, qualquer um deles pode desistir e não se casar. Mesmo que já tenha respondido afirmativamente à pergunta do celebrante, se este ainda não concluiu a frase ditada pelo art. 1.535 do CC, há chance para a retratação.

Desse modo, pratica ato plenamente lícito a pessoa que, mesmo depois de iniciado o processo de habilitação, muda de ideia e decide não mais se casar.

Ocorre que a preparação do casamento normalmente pressupõe uma enormidade de gastos por parte dos dois

noivos, tendo em vista não apenas a celebração e festa, como também a organização da vida em comum que se avizinha. Não é justo que o outro contraente amargue prejuízo econômico em decorrência da retratação perpetrada, quando todas as circunstâncias apontavam para a efetivação da união conjugal.

É certo que o contraente, ao se retratar, pratica ato lícito. Ao outro noivo não dá a ordem jurídica meios para buscar em juízo a substituição da declaração avertada (eventualmente até prometida) e agora recusada. Mas, apesar da licitude da recusa em se casar, o nubente que desistiu do casamento é civilmente responsável pelos danos materiais que sua conduta infligiu ao outro. Terá que indenizar, assim, as despesas feitas com aluguel de bufê, decoração da igreja, vestido de noiva, prestação de serviços (músicos, fotógrafos, cinegrafistas etc.) e todas as demais relacionadas com o evento que se frustrou. Também as despesas com enxoval, aluguel de imóvel e outras relacionadas à perspectiva da comunhão de vida devem ser ressarcidas.

Não se pode recusar licitude e eficácia à retratação do nubente, desde que manifestada antes de o celebrante terminar de pronunciar a fórmula sacramental da lei.

O nubente desistente, contudo, é obrigado a ressarcir a totalidade dos danos materiais suportados pelo outro contraente e, se tiver agido com deslealdade ou crueldade, também os danos morais.

E os danos morais? A recusa em se casar declarada depois de iniciados os preparativos normalmente acarreta no

outro nubente uma dor e humilhação extraordinárias. Mas, ao contrário do que recomenda a regra geral da responsabilidade civil (Cap. 25, subitem 3.1), nem sempre será o caso de se impor o ressarcimento dos danos morais. Apenas se o arrependido tiver agido de forma cruel ou desleal, deverá ser condenado a pagar também a indenização extrapatrimonial. Se, por exemplo, teve clareza de que não queria mais se casar um mês antes da data designada para a cerimônia, mas resolveu comunicar a retratação apenas no dia imediatamente anterior ou mesmo no transcorrer da solenidade, será devedor da indenização pelos danos morais. Se, porém, foi leal com o outro contraente e lhe comunicou a desistência tão logo se apercebera do equívoco do passo, independentemente do momento e lugar em que a comunicação se dá, não há motivos para condená-lo ao ressarcimento dos danos morais.

5. EFEITOS DO CASAMENTO

São quatro os efeitos do casamento.

O primeiro deles é a constituição da família. Com o casamento, os cônjuges formam novo núcleo familiar, que eventualmente, mas não necessariamente, poderá ser acrescido com a vinda dos filhos, biológicos ou não. Se os cônjuges já tinham filhos comuns, entre cada um deles e estes já havia uma família monoparental. O casamento, portanto, vincula familiarmente apenas os cônjuges.

O segundo efeito do casamento diz respeito ao nome dos consortes. A lei permite que qualquer dos nubentes *acresça* ao seu o sobrenome do outro (CC, art. 1.565, § 1º). O mais salutar, na minha opinião, é continuarem ambos com os nomes de solteiro. De qualquer forma, além dessa alternativa, também são possíveis as seguintes: o marido acrescenta ao seu sobrenome o patronímico da mulher, e esta mantém o nome de solteira; a mulher agrega o sobrenome do marido ao seu, mas este não muda o dele; marido e mulher adotam um sobrenome comum, composto pelo patronímico de um deles na sequência do do outro; os dois pospõem ou antepõem aos respectivos sobrenomes o do outro cônjuge.

Malgrado essas opções todas, ainda pulsa a tradição machista de alteração somente do nome da mulher.

A mudança do nome tem significado meramente simbólico. Para fins jurídicos, é indiferente se os cônjuges conservam o nome de solteiro ou se o alteram. Melhor dizendo, se feito o acrescentamento, aquele que cresceu deve, após o casamento, percorrer uma infinidade de repartições públicas para atualizar os cadastros (Registro Geral, CPF, DETRAN, Cartório Eleitoral, Ministério do Trabalho, Conselho Profissional a que estiver vinculado etc.); se, no futuro, por força do divórcio, quiser voltar ao nome de solteiro, terá que refazer a peregrinação. Quer dizer, sob o ponto de vista racional — abstraídas quaisquer

considerações atinentes aos aspectos psicológicos e sociais da alteração, nem sempre positivos ou sadios —, não há nenhum motivo para os cônjuges alterarem seus sobrenomes como o casamento.

Em relação à alteração do nome, registro que, embora a lei seja claríssima no sentido de autorizar unicamente o acréscimo, há jurisprudência permitindo além dele a supressão do patronímico original do cônjuge, ou seja, a substituição do sobrenome de um deles pelo do outro (Cahali, 2004:30/32).

Os efeitos do casamento são quatro: a) constituição da família, pelo estabelecimento do vínculo de conjugalidade entre marido e mulher; b) eventual alteração do nome dos consortes, mediante o acréscimo do sobrenome do outro; c) vinculação dos cônjuges aos deveres matrimoniais; d) eventual comunhão de bens.

O terceiro efeito do casamento é a vinculação dos cônjuges a certos deveres. Não variam tais deveres, como variavam no passado, de acordo com o sexo. Tanto o esposo como a esposa assumem rigorosamente as mesmas obrigações recíprocas e perante os filhos (item 6).

O quarto efeito diz respeito ao regime de bens. O casamento pode implicar, e geralmente implica, efeitos

significativos no patrimônio dos cônjuges, de modo a uni-los, total ou parcialmente (Cap. 57).

6. DEVERES DOS CÔNJUGES

A lei preocupa-se em listar os deveres dos cônjuges, embora seja este um assunto do interesse exclusivo da família. Como dita a lei ser “defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (CC, art. 1.513), as implicações da inobservância dos deveres do casamento não são juridicamente relevantes. Claro, se um dos cônjuges deixa de cumpri-los, poderá o outro pedir o desfazimento do vínculo. Mas, como se discute à frente (Cap. 58), o fim do casamento também pode ser pleiteado mesmo não havendo descumprimento de qualquer dever. Hoje em dia, ser condenado na ação de divórcio não traz para o inadimplente nenhuma consequência além do pagamento das verbas sucumbenciais, perda do sobrenome do outro cônjuge (mesmo assim, se isso não lhe trazer prejuízo) e do direito aos alimentos compatíveis com a condição social. No essencial, isto é, na relação com os filhos e na divisão dos bens, é indiferente se houve ou não inadimplemento dos deveres conjugais.

A lei menciona os seguintes deveres (CC, art. 1.566):

a) *Vida em comum*. Quem casa assume a obrigação de viver com o cônjuge. Para que o casamento realmente

estabeleça a comunhão plena de vida entre os cônjuges, como quer a lei (CC, art. 1.511), é necessário que eles a comunguem. Quer dizer, o fundamental dever contraído pelos casados é o de partilhar seu cotidiano um com o outro, em todos os múltiplos e ricos aspectos: profissional, social, psicológico, econômico, cultural, físico etc. Nos casamentos em que esse dever é cumprido pelos dois cônjuges, cada qual recebe o outro integralmente em sua vida e participa da mesma forma da vida dele. Se um dos cônjuges enfrenta dificuldades na profissão, o outro ouve com atenção, opina, ajuda a avaliar as alternativas e apoia a decisão tomada. Quando um deles realiza trabalho importante, o outro entende o significado exato da conquista e fica igualmente feliz. Os inevitáveis ajustes são acompanhados pela sensação de ganho e não de perda. Os dois se sentem em casa quando estão em casa.

Ao comungarem a vida, os cônjuges passam a titular um conjunto de interesses comuns, como os relacionados à definição do domicílio, organização do espaço da casa, divisão das tarefas domésticas. A administração desses interesses é feita de comum acordo entre os cônjuges. Nos termos da lei, “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher” (CC, art. 1.567). No caso de divergência, o juiz decidirá, atento aos interesses do casal e dos filhos — embora seja raríssimo o socorro ao Judiciário nessa hipótese. Apenas no caso de

impossibilidade da direção comum, quando qualquer dos cônjuges está ausente, interditado judicialmente ou inconsciente, por exemplo, o outro tomará as decisões sozinho (CC, art. 1.570).

Ter a vida em comum significa, também, concorrer para o sustento da família. Os encargos da entidade familiar constituída pelo casamento são da responsabilidade conjunta do marido e da mulher (CC, art. 1.565). As despesas devem ser repartidas proporcionalmente aos ganhos de cada cônjuge, ainda que não haja comunhão de bens (art. 1.568).

A vida em comum, por fim, normalmente está associada à coabitação. Os cônjuges, na maioria das vezes, moram sob o mesmo teto. Não se trata, contudo, de elemento essencial. Há casais que preferem manter suas próprias residências, por considerarem que a coabitação não corresponde à melhor solução para eles. Há, igualmente, os que precisam morar em lugares diferentes, por pouco ou muito tempo, em razão de estudos, carreira profissional, saúde ou outra razão qualquer. Optando pela coabitação, escolherão juntos o domicílio conjugal (CC, art. 1.569). Se os consortes comungam a vida sem coabitarem, cada um elege seu domicílio.

b) Respeito e consideração mútuos. Outro importante dever dos cônjuges é o de respeito e consideração mútuos. De certo modo está englobado no da comunhão de vida, mas revela uma dimensão própria quando associada aos

direitos da personalidade de cada cônjuge. Em outros termos, na intimidade do lar devem os cônjuges se respeitar, mas não só aí. Em qualquer lugar em que esteja, nenhum dos cônjuges pode, por suas condutas ou falas, agravar a imagem-atributo do outro, ainda que minimamente. Estando ou não em companhia, em eventos sociais ou profissionais, entre amigos comuns ou desconhecidos, a imagem- -atributo de cada um dos cônjuges é indissociável do comportamento do outro, dos conceitos e valores que externa, da maior ou menor discrição na abordagem de histórias do casal.

Desrespeita a mulher o marido que a chama de “dona encrenca”; assim como falta ao dever de respeito a esposa que personalizou o toque do telefone celular com a “marcha nupcial”, para indicar a chamada do esposo, e sendo indagada a respeito da escolha, responde que se deve ao fato de ele se portar invariavelmente como “uma noiva”. Por mais graça que espíritos simples possam ver nesses chistes, eles revelam que o respeito mútuo não é pleno, como deveria.

c) *Mútua assistência*. Outro importantíssimo dever do casamento é a mútua assistência. Manifesta-se seu cumprimento, por exemplo, nos momentos de enfermidade de um dos cônjuges, quando o outro devota todo o empenho, dedicação e amparo ao seu alcance para contribuir com a rápida recuperação do seu estado de saúde. No período em que pessoa casada está sem emprego, ao cônjuge

empregado cabe o dever de sustentar sozinho a casa. Se falece parente próximo de um deles, o outro deve não somente ajudar nas providências práticas a serem encaminhadas, como principalmente consolar o cônjuge nesse momento doloroso. Tanto nas aflições como nas dificuldades econômicas, o casamento obriga o cônjuge em melhores condições a dar ao outro a assistência possível, de acordo com seus recursos.

d) Sustento, guarda e educação dos filhos. Para os casados com filhos, esse é o dever mais importante do casamento. As árduas responsabilidades atinentes ao sustento, guarda e educação dos filhos, biológicos ou não, devem ser repartidas entre os cônjuges. No tocante ao sustento, a divisão é proporcional aos ganhos de cada um deles (CC, art. 1.568), mas a guarda e educação correspondem a deveres igualmente distribuídos.

Em relação aos filhos exclusivos do outro cônjuge, a lei não menciona qualquer dever. Porém, quem desposa alguém com filhos deve recebê-los e tratá-los como se seus fossem. Quer dizer, deve contribuir na educação dos pequenos com quem convive; deve amá-los e respeitar as necessidades sociais e psíquicas deles, contribuindo para o seu crescimento sadio; além disso, é esperada alguma ajuda nas despesas de sustento do filho exclusivo do cônjuge em dificuldade econômica.

Os deveres dos cônjuges listados pela lei são os de manter vida em comum, devotar respeito e consideração recíprocos, dar mútua assistência, sustentar, guardar e educar os filhos e, por fim, abster-se de manter relações sexuais fora do casamento.

O descumprimento desses deveres, no entanto, não tem nenhuma consequência relevante. O casamento poderá ser desfeito a pedido do cônjuge inocente, mas o culpado não perde seus direitos relativos aos filhos, bens e,

necessitando, ao uso do sobrenome do outro.

e) *Fidelidade*. O dever de fidelidade corresponde ao de exclusividade de relacionamento sexual. Fiel é o cônjuge que se abstém de qualquer relação sexual fora do casamento, bem como de quaisquer atos que sugiram o interesse em vivenciar a experiência. O homem (ou mulher) casado que descumpra o dever de fidelidade fazendo sexo com pessoa diversa de seu cônjuge comete adultério.

Se o homem (ou mulher) casado não chega propriamente à conjunção carnal extraconjugal, mas faz carícias libidinosas em pessoa diversa de seu cônjuge ou mesmo emite-lhe sinais (correspondidos ou não) de que desejaria manter relacionamento sexual extraconjugal, descumpra igualmente o dever de fidelidade, numa prática chamada de “quase adultério” (Monteiro, 2004:146/150). Verifica-se o descumprimento do dever conjugal, como se o adultério tivesse mesmo ocorrido. Desse modo, o chamado sexo virtual, em que os parceiros trocam mensagens eróticas via internet, é exemplo de infidelidade.

A fidelidade é o menos importante dos deveres matrimoniais. Em vários casamentos, os cônjuges não dão à exclusividade sexual a menor importância. São chamados de

casamentos abertos, em que os cônjuges concordam não ser o caso de limitarem suas vivências sexuais às relações entre eles. Para os que não conseguem se satisfazer sexualmente sem a variação de parceiros, o dever de fidelidade pode representar pesado entrave na busca da felicidade. Os bissexuais, por outro lado, nunca conseguem plena expressão da sexualidade quando ficam vinculados ao compromisso de serem fiéis. Como, de qualquer forma, é em tudo absolutamente indiferente para a sociedade se os casados estão guardando a fidelidade ou não, o tema deveria ser ignorado pela ordem jurídica. É assunto da exclusiva alçada dos casais.

7. INVALIDADE DO CASAMENTO

No tema referente à validade, o casamento submete-se a regras próprias e não às estabelecidas para os negócios jurídicos em geral. O dolo, por exemplo, não o invalida (Rocha, 2004:45/46). Desse modo, embora haja claro paralelismo entre as disciplinas jurídicas em questão, não cabe a superação de conflitos de interesses entre os cônjuges, respeitante à validade do vínculo matrimonial que os une, senão a partir das normas específicas da lei sobre o tema (CC, arts. 1.548 a 1.564). Para se ter uma ideia das implicações dessa advertência inicial, basta recordar que nem todo erro vicia a vontade do nubente, mas apenas os essenciais sobre a pessoa do outro cônjuge.

Em outra particularidade da disciplina jurídica específica do casamento, sua invalidade importa, em princípio, a supressão de todos os efeitos produzidos, independentemente da causa da invalidação. A decretação ou declaração judicial de invalidade desfaz, desde a celebração, as implicações jurídicas que se haviam projetado em relação à sociedade conjugal, bens, nomes e deveres dos cônjuges. A nulidade ou anulação do casamento são causas de dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 1.571, II). A comunhão de bens acaso pretendida se desconstitui. O nome volta a ser o anterior ao matrimônio quando o consorte o tinha mudado. Cessam os deveres de mútua assistência e manutenção da vida em comum. Entre a nulidade e a anulabilidade do casamento, as diferenças principais são de cunho processual apenas (subitem 7.2). Em função delas e da possibilidade de convalidação do casamento anulável, mas não do nulo, interessa extremarem-se as hipóteses (subitem 7.1).

O casamento inválido apenas produz seus efeitos, ou parte deles, na hipótese de boa-fé de um ou ambos os consortes; quando é chamado de “putativo” (subitem 7.3).

No passado, a invalidação do casamento também repercutia na situação jurídica dos filhos. Hoje, é indiferente se o casamento dos pais vale ou não, já que a relação familiar vertical se submete a regras próprias, que a imunizam relativamente aos percalços da horizontal.

7.1. Casamento nulo e anulável

O casamento pode ser inválido em razão da nulidade ou da anulabilidade.

As causas de nulidade do casamento são duas:

a) Deficiência ou enfermidade mental do nubente (CC, art. 1.548, I). Se alguém não tem, por conta de deficiência ou enfermidade mental, o discernimento necessário para os atos da vida civil, ele é absolutamente incapaz para os negócios jurídicos em geral (art. 3º, II) e falta-lhe igualmente capacidade para se casar. Nulo será o casamento, assim, do portador de deficiência mental profunda ou severa, assim como daquele que, acometido de doença, perde a acuidade mental (Cap. 7, subitens 3.2.3 e 3.2.4). Na norma legal, a expressão “enfermidade” deve ser interpretada num sentido amplo, que alcança também o portador de deficiência, quando ela compromete o discernimento para os atos da vida civil.

b) Impedimentos (CC, art. 1.548, II). A disciplina legal do casamento procura acautelar-se de todos os modos, com o objetivo de evitar que os impedidos se casem. Apesar de procurar dar à habilitação a mais ampla publicidade, submetê-la ao controle do Ministério Público e do Poder Judiciário, além de garantir a qualquer pessoa o direito de suscitar os impedimentos, pode acontecer e acontece a desobediência ao art. 1.521 do CC. A hipótese mais corriqueira de infringência aos impedimentos é talvez o da

bigamia, ou seja, o casamento de pessoa casada. Verificado, assim, a qualquer tempo, ter sido celebrado casamento de pessoa impedida, será nulo o ato, não importa que impedimento foi desobedecido.

As causas de anulabilidade, por seu turno, são seis:

a) *Não ter completado a idade núbil* (CC, art. 1.550, I).

Como dito, para se casar, a pessoa precisa ter pelo menos 16 anos. Antes dessa idade, o casamento poderá ser realizado só mediante autorização judicial, concedida apenas nos dois casos específicos da lei (gravidez ou objetivo de evitar imposição ou cumprimento de pena criminal). Se o menor que ainda não atingiu a idade núbil, em conluio com os pais, falsifica seu documento e se apresenta ao cartório do Registro Civil munido de autorização, pode ocorrer de se realizar o casamento, a despeito do prescrito na lei.

Aqui, o casamento só pode ser anulado a pedido do próprio menor, de seus representantes legais ou ascendentes (art. 1.552). Ninguém mais tem legitimidade para demandar a anulação judicial do casamento inválido, nessa hipótese. Por outro lado, a lei legitima ao pedido mesmo aquele que tenha participado da fraude, se houve, sem, contudo, exonerar-lhe as responsabilidades.

O prazo de decadência para a ação é de cento e oitenta dias, contados da data em que o menor alcança a idade núbil, se ele é o autor; e da data do casamento, nos demais casos (CC, art. 1.560, § 1º).

Não será anulado o matrimônio de quem se casou sem idade núbil, se dele tiver resultado gravidez (CC, art. 1.551). Preocupa-se a lei, com tal ressalva, em evitar que a invalidação conduza a resultado prejudicial à família. Em outros termos, pressupõe que a preservação do vínculo pode ser a melhor solução para os jovens pais e seu filho, malgrado a causa para a anulação.

O casamento anulável em razão da falta de idade núbil pode ser confirmado quando o cônjuge já tiver feito 16 anos, desde que, se for ainda menor, tenha a autorização dos pais ou responsáveis ou obtenha o suprimento dela em juízo (CC, art. 1.553).

b) Falta de autorização (CC, art. 1.550, II). Também foi visto que o menor em idade núbil necessita de autorização dos pais ou representante legal para se casar. Se, por qualquer circunstância, realiza-se o casamento sem o atendimento a essa formalidade, poderá ser buscada a sua anulação em juízo.

Estão legitimados para a ação de anulação do casamento do menor em idade núbil não autorizado, além dele próprio (quando alcançar a maioridade), seus representantes legais ou herdeiros necessários. Decai o direito, nessa hipótese de anulação, no prazo de cento e oitenta dias, contados a partir do fim da menoridade, da data da celebração do casamento ou da morte do cônjuge que casou incapaz, dependendo de quem seja o autor da

demanda (CC, art. 1.555 e seu § 1º).

Nessa hipótese, não se anula o casamento se dele tiver resultado a gravidez (CC, art. 1.551) ou se os pais ou representantes legais do nubente menor tiverem assistido à celebração ou manifestado sua aprovação por outros meios quaisquer (art. 1.555, § 2º).

c) *Vício de consentimento* (CC, art. 1.550, III). Cabe a anulação de casamento fundada no vício de consentimento de um dos cônjuges. Ao contrário, porém, do que prescreve relativamente aos negócios jurídicos em geral, a lei invalida o casamento apenas em duas hipóteses de vontade viciada: o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge e a coação (arts. 1.556 e 1.558).

O erro essencial sobre a pessoa de um cônjuge caracteriza-se, em primeiro lugar, quando o conhecimento de uma informação relevante acerca dele pelo outro consorte, em seguida ao casamento, torna insuportável a vida em comum. Essa informação pode dizer respeito à identidade, honra e boa fama (CC, art. 1.557, I) ou à prática de crime anterior ao casamento (art. 1.557, II). Nesses dois casos, sobrevindo a insuportabilidade da vida em comum, o erro dá ensejo à invalidação do casamento.

Desse modo, se a mulher descobre, depois de casada, que o marido não desfrutava da honradez apregoada durante o noivado ou que havia tomado parte num crime antes de se casar, ela pode pedir a anulação do casamento, desde que

prove não suportar mais continuar vinculada a ele a partir da ciência do fato. A continuidade da coabitação, mesmo após a descoberta do passado condenável do cônjuge, descaracteriza a insuportabilidade da vida em comum e desconstitui a causa para a anulação (CC, art. 1.559, *in fine*).

Outra hipótese de erro essencial é a “ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou doença grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência” (CC, art. 1.557, III). Se o marido desconhecia, ao se casar, que a mulher era portadora do vírus HIV, isso é causa para a anulação do casamento, enquanto não encontrada a cura para a AIDS. O defeito físico irremediável ignorado pelo outro cônjuge, atualmente, é causa difícil de fundamentar o pedido de anulação, tendo em vista que as pessoas já se conhecem nuas antes do casamento, em razão das várias relações sexuais que normalmente mantêm nas fases de namoro e noivado. Tendo os nubentes se resguardado da vida sexual, contudo, o conhecimento posterior do defeito físico autoriza a anulação. É o caso, por exemplo, da impotência de um deles para a realização do ato sexual.

A derradeira hipótese de erro essencial é a “ignorância de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado” (CC, art. 1.557, IV). Desse modo, vindo um dos consortes a

descobrir, apenas depois de se casar, que o outro é louco ou sofre de qualquer distúrbio mental grave, não sendo isso suportável, terá o direito de buscar a anulação do casamento.

Além do erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, também vicia o consentimento e anula o casamento a coação. Ela se caracteriza pelo “fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra” do cônjuge vitimado pela coação ou de seus familiares (CC, art. 1.558). Se um dos contraentes está casando sob a ameaça de perda de emprego, o casamento é anulável por coação. Como acentua Carlos Roberto Gonçalves, o preceito refere-se à coação moral, em que a vítima tem oportunidade de escolha entre casar-se ou correr o risco de sofrer as consequências objeto de ameaça. Quando a coação é física, e ela não tem outra opção senão casar-se, não há propriamente *vício*, mas sim *ausência* de consentimento; e, nessa hipótese, o casamento, a rigor, não é inválido, mas inexistente. O que invalida o matrimônio, assim, é a coação moral apenas (2005:157).

É exclusiva do cônjuge que incorreu no erro essencial ou sofreu a coação a legitimidade para o pedido de anulação do casamento (CC, art. 1.559). O prazo decadencial da ação de anulação por erro essencial é de três anos (art. 1.560, III), e no caso de coação, de quatro (art. 1.560, IV), sempre contados da celebração do casamento.

d) *Incapacidade para expressar o consentimento* (CC, art. 1.550, IV). Se a pessoa se encontra incapacitada para expressar o consentimento, em razão de doença ou acidente, não poderá casar-se, ainda que tenha já manifestado a intenção de fazê-lo, inclusive pelo requerimento da habilitação. Também se enquadra nesse caso de anulação o casamento em que um dos contraentes apresentou-se ao local da cerimônia completamente embriagado, sem condições de articular as ideias. Qualquer um dos cônjuges está legitimado para a ação anulatória, nessa hipótese, que decai no prazo de cento e oitenta dias, contados do casamento (art. 1.560, I).

Se o celebrante, a despeito da incapacidade do nubente de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento, mesmo assim celebra o matrimônio, incorre num gravíssimo erro e deve responder, na esfera administrativa, inclusive com a suspensão ou perda da função de juiz de paz.

e) *Revogação do mandato* (CC, art. 1.550, V). No casamento celebrado por procuração, até o momento da celebração o mandato pode ser revogado pelo cônjuge mandante, desde que observada a forma pública. Pois bem, chegando a notícia da revogação a tempo de se cancelar a cerimônia, não restará outra questão jurídica a resolver senão a da responsabilidade civil do nubente arrependido pelos danos que causou (subitem 4.5).

Se atrasar a notícia da revogação, o casamento provavelmente se realizará. Abrem-se, então, duas hipóteses. Na primeira, os cônjuges passam a coabitar a mesma casa, fato que convalida o casamento, afastando a causa para a anulação. Na segunda, não se instala a coabitação, e então remanesce a anulabilidade do matrimônio, a pedido do cônjuge mandante, nos cento e oitenta dias seguintes àquele em que teve ciência da celebração (CC, art. 1.560, § 2º).

A invalidade do mandato, quando judicialmente decretada, importa as mesmas consequências que a revogação, no tocante à validade do casamento (CC, art. 1.550, parágrafo único). Se o incapaz com mais de 18 anos outorga mandato, sem a devida assistência do curador, esse negócio é anulável. Também será passível de anulação o casamento celebrado com base nessa outorga, a menos que se tenha seguido a coabitação dos cônjuges.

f) Celebrante incompetente (CC, art. 1.550, VI). Se o celebrante não for autoridade investida regularmente de competência para presidir a celebração, o casamento pode ser anulado. Não caberá, contudo, a anulação se quem presidiu a solenidade exercia publicamente a função de juiz de casamento e teve o nome assentado nessa condição no Registro Civil (art. 1.554).

O prazo decadencial da ação de anulação, nesse caso, fixou-o a lei em dois anos, a partir da celebração (CC, art.

As causas de nulidade e anulabilidade do casamento são exclusivamente as listadas pelo direito de família. Não se aplicam ao casamento as regras de invalidação dos negócios jurídicos em geral.

Os nubentes, ao requererem sua habilitação para o casamento, têm direito de ser informados sobre as causas de invalidação pelo oficial do Registro Civil (CC, art. 1.528).

7.2. Diferenças entre nulidade e anulabilidade do casamento

A validade ou invalidade são atributos do casamento existente. O que não chegou a existir como casamento, para a ordem jurídica, não pode ser tido como válido ou inválido.

Para existir o casamento, três requisitos devem, em geral, estar atendidos: a diversidade sexual, a livre e espontânea declaração do consentimento no ato da celebração e a fórmula sacramental pronunciada pela autoridade. Este último é dispensável somente no nupucativo, enquanto os dois primeiros invariavelmente são exigidos para a existência do casamento.

Embora difícil, não é de todo impossível a hipótese de a falta da diversidade sexual dos nubentes fugir aos olhos do oficial do Registro Civil, do representante do Ministério Público e do juiz, bem como não ser notada pelo celebrante. Nesse caso, mesmo feito o assento do casamento, ele não existe porque duas pessoas do mesmo sexo não podem, no direito brasileiro, se unir pelos laços do matrimônio. Também não existirá o casamento, se na solenidade um dos noivos não expressar o seu consentimento de modo livre e espontâneo. Ausente qualquer requisito de existência, o que se tomou por casamento não produzirá nenhum de seus efeitos.

A invalidade do casamento, por sua vez, pode derivar de sua nulidade ou anulabilidade. A única diferença de direito substancial entre as hipóteses é a possibilidade de convalidação do casamento anulável pelo decurso do tempo, enquanto o nulo não se convalida jamais. As outras diferenças têm natureza exclusivamente processual, como se verá em seguida.

No tocante à supressão dos efeitos do casamento inválido, esta se verifica na mesma medida tanto no casamento declarado nulo como naquele cuja anulação se decretou. Desde a data da celebração, é como se o casamento não tivesse existido. Entre marido e mulher, o mínimo resquício de que um dia eles foram casados se apaga por completo. Na invalidação, ficam ressalvados apenas os direitos de terceiros de boa-fé e os resultantes de sentença transitada em julgado.

Em outros termos, o art. 1.563 do CC (“a sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado”) aplica-se a qualquer caso de invalidação do casamento, apesar de se referir apenas ao nulo. Tanto a declaração de nulidade como a decretação da anulação do casamento possuem iguais efeitos (cf. Miranda, 1916, 1:375/377; Beviláqua, 1934, 2:207/208), embora haja doutrinadores que não pensem assim (Gomes, 1968:126/128).

Enquanto a invalidação por nulidade pode ser pedida por qualquer pessoa interessada e pelo Ministério Público a qualquer tempo, a fundada na anulabilidade só pode ser pleiteada pelos legitimados especificamente na lei e enquanto não decair o direito.

Diferenciam-se, pois, nulidade e anulabilidade em função da legitimidade ativa e da decadência ou não do direito de invalidar o casamento.

Em relação à legitimidade para o pedido, a nulidade pode ser pedida por qualquer pessoa interessada e também pelo Ministério Público (CC, art. 1.549). Já a anulação só pode ser pleiteada pelos sujeitos legitimados especificamente por lei, aos quais se fez já referência no exame das causas, feito no

subitem anterior (arts. 1.552, 1.555 e 1.559).

Quanto à decadência do direito de pedir a invalidação do casamento, ela se opera unicamente na hipótese de anulabilidade. A nulidade do matrimônio pode ser pedida a qualquer tempo, mesmo que decorridas várias décadas da celebração; ao passo que a anulação só pode ser pleiteada enquanto não decaído o direito. Variam os prazos de decadência para a anulação do casamento em função da causa, conforme examinado também no subitem anterior (CC, arts. 1.555 e 1.560).

7.3. Casamento putativo

O matrimônio inválido produzirá, para o cônjuge ou cônjuges de boa-fé, os mesmos efeitos do válido, até transitar em julgado a sentença que declarar a nulidade ou decretar a anulação (CC, art. 1.561). Chama-se *putativo* ao casamento nesse caso, porque um dos cônjuges (ou os dois) tinha justos motivos para acreditar na validade do ato (*putare* é a palavra latina para *imaginar, pensar*).

Desse modo, se um dos contraentes desconhecia que o outro já era casado, para ele a nulidade do casamento não surtirá efeito algum enquanto não for reconhecida por sentença. Se, outro exemplo, o celebrante não estava investido de competência para presidir a cerimônia, estando os dois cônjuges de boa-fé, todos os efeitos de um casamento válido se projetam nas relações entre eles até que

o Poder Judiciário decreta a anulação. Nas duas situações, os bens adquiridos no período entre a celebração e a invalidação do matrimônio se comunicam, caso o regime adotado não seja o da separação absoluta. Produzem-se, igualmente, os efeitos de presunção de paternidade e maternidade, relativamente aos filhos gerados pelo casamento putativo.

Se um dos cônjuges não estava de boa-fé, considera-se o culpado pela invalidação do casamento. Nesse caso, ele perde todas as vantagens que tiver recebido do outro consorte, mas continua obrigado a cumprir as obrigações que tiver contraído no pacto antenupcial (CC, art. 1.564). O bigamo, assim, não se torna titular de nenhuma meação dos bens, se o casamento nulo se realizou em regime de comunhão. Mas se tiver se obrigado, por exemplo, no pacto antenupcial, a pagar as despesas de redecação do apartamento em que se abrigou o domicílio conjugal, a invalidade do casamento não o exonera dessa obrigação; nem tem ele direito a qualquer ressarcimento.

Putativo é o casamento inválido em que pelo menos um dos cônjuges desconhece a existência de causa de invalidação.

Ele produz efeitos para o cônjuge ou cônjuges de boa-fé, e para a prole, como se fosse válido, desde a data da celebração até o pronunciamento judicial de invalidação.

Quando os dois cônjuges estão de má-fé, o casamento putativo não produz nenhum efeito em relação a eles, mas é plenamente eficaz relativamente aos filhos.

Os efeitos jurídicos do casamento putativo, até 1977, só eram reconhecidos quando pelo menos um dos cônjuges estava de boa-fé (cf. Rodrigues, 2003a:117). Desde a Lei do Divórcio, daquele ano, com o objetivo de amparar os interesses da prole, admite-se também a figura do casamento putativo em que os dois cônjuges estão de má-fé, isto é, a existência da invalidade do ato praticado não é desconhecida de nenhum deles.

Quando os dois estão de má-fé, o casamento putativo não produz, evidentemente, efeitos entre eles, porque isso implicaria prestigiar conduta ilícita. Mas ele é eficaz em relação aos filhos (CC, art. 1.564, § 2º). A relevância dessa regra está relacionada às presunções de paternidade e maternidade. O filho não precisa provar que o homem com quem a mãe manteve casamento putativo é seu pai; a este é que cabe o ônus de provar a inexistência de vínculo biológico e socioafetivo de filiação, caso pretenda liberar-se das responsabilidades paternas. Do mesmo modo, é da mulher o ônus de promover a negatória de maternidade, se o homem com quem mantinha casamento putativo apontou-a como mãe de seu filho, ao fazer a declaração de seu registro de nascimento.

8. NATUREZA DO CASAMENTO

No direito canônico, o casamento, além de sacramento,

era tido como um contrato entre os nubentes. Essa classificação, contudo, não era bem aceita pelos civilistas, na época em que predominava o modelo da ampla liberdade de contratar. Isso porque os contraentes limitavam-se a aderir ao conjunto de direitos e deveres que a lei associava ao matrimônio, sem liberdade nenhuma para alterá-los. Construiu-se, então, a teoria do casamento como instituição.

A resposta à questão da natureza do casamento mais difundida atualmente situa-o a meio caminho entre uma e outra concepção. Chamada de *eclética* ou *mista*, reconhece a existência de um vínculo contratual na essência do casamento, mas não de um vínculo qualquer. Casamento, assim, é definido como um *contrato de direito de família*, para o qual a convergência da declaração de vontade dos nubentes é indispensável, mas que encontra em normas jurídicas cogentes a extensão dos direitos e obrigações dela derivados (Planiol-Ripert, 1925, 2:57/59; Gomes, 1968:56/60).

O casamento é um contrato de direito de família. Quer isso significar que está disciplinado por regras próprias, não se sujeitando a muitos dos preceitos reguladores dos contratos em geral. Aliás, não se sujeita nem mesmo a certas normas aplicáveis aos demais negócios jurídicos.

Por ser um contrato *sui generis*, o casamento não se submete ao direito das obrigações. Ele não é resolúvel, nem resiliável como os contratos em geral, mas de acordo com as regras próprias do direito de família (Cap. 58). Nem mesmo a todos os preceitos disciplinadores do negócio jurídico em geral sujeita-se o casamento. Os nubentes não podem, por exemplo, estabelecer condições à eficácia de sua declaração de vontade. Quer dizer, nenhum deles poderia concordar em

casar *desde que* o outro cumprisse uma obrigação qualquer, ou coisa do gênero. Alguns dos vícios de consentimento que invalidam os negócios em geral, por outro lado, não maculam a validade do casamento. Como visto, apenas o erro essencial e a coação podem dar ensejo à anulabilidade do ato.

OS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO

1. OS BENS DOS CÔNJUGES

A comunhão de vida que o casamento estabelece estende-se, em medidas variadas, aos bens de propriedade dos cônjuges. Dependendo em parte da vontade deles, em parte de disposições cogentes, os bens das pessoas casadas podem-se comunicar, isto é, passar à titularidade também do outro consorte. Pela comunicação, instaura-se o

condomínio entre marido e mulher; mas um condomínio de direito de família, sujeito a regras próprias, que não coincidem necessariamente com as de direito das coisas.

O princípio fundamental é o da ampla liberdade dos cônjuges para estipularem acerca de seus bens, anteriores ou posteriores ao casamento, o que bem quiserem (CC, art. 1.639). Podem, por exemplo, contratar que certo imóvel, onde pretendem residir, pertencerá aos dois em partes iguais e que os outros bens serão da propriedade exclusiva de quem já os titula ou vier a adquirir, por negócio jurídico ou sucessão. Ou podem contratar a incomunicabilidade de um ou alguns bens e a divisão dos demais. A lei faculta aos cônjuges, em suma, dispor livremente sobre os efeitos patrimoniais do casamento.

Em razão da ampla liberdade de estipulação sobre os bens no casamento, qualquer solução pode ser escolhida pelos cônjuges. Entre as possíveis, a lei tratou de quatro regimes, com o objetivo de *facilitar* a disciplina da matéria. Os nubentes, assim, não precisam antever todas as hipóteses futuras e esmiuçar seus contornos e consequências. Se o que consideram adequado aos seus interesses estiver retratado num dos quatro regimes mencionados na lei, basta-lhes indicá-lo, simplificando-se assim a formalização da decisão.

Os regimes do casamento são quatro: comunhão universal, comunhão parcial, separação absoluta e

participação final nos aquestos. Se os consortes nada contrataram sobre seus bens, ou se o que convencionaram resultou nulo ou ineficaz, será observado o regime da comunhão parcial (CC, art. 1.640). Ele é chamado, por isso, de *regime legal*, enquanto os outros três são os *convencionais*.

Classificam-se os regimes em *simples* e *híbridos*. Na primeira classe estão os regimes em que não cabe distinguir partes no patrimônio do cônjuge. São simples os regimes de comunhão universal e separação absoluta, porque naquela, o cônjuge só titula o patrimônio comum (tudo é dos dois), enquanto nesta, só o particular (nada é dos dois). Na classe dos regimes híbridos, cada cônjuge pode ter o seu patrimônio distinguido em particular e comum. Nela, enquadram-se os regimes da comunhão parcial e da participação final nos aquestos. Essa classificação, contudo, é um tanto imprecisa, reclamando duas observações para conferir-lhe maior consistência. *Primeira*, porque sempre há uma margem mínima de incomunicabilidade dos bens, mesmo no regime da comunhão universal, a classificação deve ser considerada como mera referência geral do assunto; uma introdução que auxilia didaticamente seu enfrentamento. *Segunda*, não há, propriamente, segregação patrimonial no casamento — a não ser em algumas hipóteses de responsabilização por dívidas anteriormente constituídas. Cada cônjuge continua titulando um único patrimônio,

podendo, no entanto, nele se encontrarem bens que lhe pertencem com exclusividade e bens cuja titularidade é dividida com o outro consorte.

O momento apropriado para a definição do regime patrimonial é o da habilitação. O oficial do Registro Civil tem inclusive a obrigação legal de esclarecer os nubentes sobre os diversos regimes de bens existentes na lei, para que eles sejam alertados sobre esse importante efeito do casamento e possam sopesar seus interesses (CC, art. 1.528). Nada impede, porém, que se ultrapasse a fase de habilitação sem que os noivos tenham discutido o assunto e chegado a acordo. Na verdade, até a celebração, os noivos podem declarar, pela forma adequada (item 4), o regime de bens que adotam. Concluída a solenidade sem terem feito qualquer escolha, a lei determina a comunicação parcial dos bens, segundo regras que serão examinadas adiante (subitem 2.3.2). Qualquer que seja a hipótese, o regime começa a vigorar na data do casamento (art. 1.639, § 1º).

Os cônjuges desfrutam da mais ampla liberdade para estabelecer o que for do interesse deles no tocante aos bens. Para facilitar a formalização da escolha, a lei disciplina quatro regimes: comunhão universal, comunhão parcial, separação absoluta e participação final nos aquestos.

Independentemente do regime adotado, pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges para atender a necessidade da economia doméstica responde solidariamente o outro.

Independentemente do regime de bens adotado, haverá solidariedade entre os cônjuges pela dívida contraída por qualquer um deles, mesmo sem a anuência do outro, quando necessária à economia doméstica (CC, arts. 1.643 e 1.644). A compra no supermercado feita com o cartão de crédito de um dos cônjuges corresponde a despesa dessa natureza, isto é, necessária à economia doméstica. Não sendo paga a fatura do cartão no vencimento, poderá a administradora do cartão demandar a satisfação de seu crédito contra o cônjuge do devedor. A solidariedade, nesse caso, deriva da lei e independe de anuência do consorte.

Também qualquer que seja o regime de bens do casamento, se um dos cônjuges ficar impossibilitado, por qualquer razão, de administrar seu patrimônio particular, caberá ao outro a responsabilidade pela gerência deste. A lei lhe atribui, também, o direito de alienar os bens móveis comuns; bem como o de, mediante autorização do juiz, alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis pertencentes ao consorte impedido (CC, art. 1.651). Responderá pelos atos que praticar, perante o cônjuge e seus herdeiros, na condição de usufrutuário (quanto à administração dos bens comuns) ou depositário (dos bens particulares), a menos que lhe tenha sido outorgado, tácita ou expressamente, mandato (art. 1.652).

Assim, se um dos cônjuges casado no regime da

separação absoluta, sofre acidente e fica inconsciente entravado numa cama de hospital, ao outro competirá a administração do seu patrimônio particular. Se, para custear o tratamento, for preciso vender bens móveis comuns, o cônjuge desimpedido poderá fazê-lo sem outra formalidade; mas necessitando vender coisas do patrimônio particular do consorte desafortunado, precisará de autorização do juiz. A final, em convalescendo o enfermo, prestar-lhe-á o outro cônjuge contas dos atos praticados; em morrendo, tais contas deverão ser prestadas aos herdeiros. Se o dinheiro apurado pela venda de um imóvel do patrimônio particular do hospitalizado, que o juiz autorizou para custeio do tratamento, tiver sido empregado em finalidade diversa, o cônjuge que incorreu na irregularidade deve indenizar o prejudicado ou seus sucessores, da mesma forma que um depositário infiel responderia perante o depositante. Fica ele, portanto, exposto inclusive à prisão civil de até um ano, enquanto não repuser o alcance (Cap. 36, item 5).

2. A COMUNHÃO DE BENS

A comunicação de bens entre os cônjuges é muito comum nas famílias brasileiras, exceção feita às mais abastadas. No contexto de extrema cordialidade, tolerância e entendimento que, às vésperas, cerca a maioria dos enlaces matrimoniais, discutir a questão patrimonial de modo racional e objetivo assume ares de desambientada

mesquinhez. Por isso, a lei se preocupa em preservar alguns dos direitos dos cônjuges, estabelecendo como que uma margem mínima de incomunicabilidade. Por maior que seja o grau de comunicação, como no caso da comunhão universal, sempre haverá no patrimônio dos cônjuges alguns bens separados.

Os regimes de comunhão são três: universal, parcial e de participação final nos aquestos. Esse último, embora também pudesse ser caracterizado como regime de separação relativa, deve ser classificado como de comunhão porque se submete a duas regras comuns aos dessa categoria. Refiro-me aos atos que a lei não permite que um dos cônjuges pratique sem a anuência do outro (subitem 2.1) e aos que estão autorizados a praticar separadamente (subitem 2.2). Essas regras são, como mencionado, comuns às três espécies de comunhão (subitem 2.3).

2.1. Atos que dependem da autorização do outro cônjuge

Alguns atos ou negócios jurídicos a pessoa casada em regime de comunhão (universal, parcial ou de participação final nos aquestos) só pode validamente praticar quando o outro cônjuge concordar. São atos que podem afetar de modo acentuado o patrimônio comum, comprometendo-o direta ou indiretamente, sendo por isso resguardados os interesses do cônjuge. Se a concordância requisitada é da mulher, chama-se *outorga uxória*; se do marido,

autorização marital.

A anuência do cônjuge, na maioria das vezes, colhe-se no próprio instrumento negocial. Pode, contudo, abrigar-se em instrumento público ou particular apartado, desde que autenticado. Nesse caso, se emitido em data posterior, os efeitos da autorização validam o ato ou negócio praticado pelo outro cônjuge isoladamente (CC, art. 1.649, parágrafo único).

Na verdade, é muito raro acontecer a desobediência à norma que obriga a outorga uxória ou autorização marital (CC, art. 1.647) porque o terceiro, interessado em garantir a validade do ato, está sempre atento às formalidades da lei. Ninguém compra imóvel de pessoa casada em regime de comunhão sem exigir a autorização do esposo ou esposa; aliás, sequer o tabelião lavra a escritura nessa hipótese.

Pois bem, são os seguintes os atos listados no Código Civil como dependentes de autorização do cônjuge, no regime de comunhão:

a) Alienar ou gravar de direito real bem imóvel (CC, art. 1.647, I). Pela importância econômica presumida na lei para os bens de raiz, nenhum dos cônjuges os pode alienar ou onerar (hipotecar ou instituir direito real em garantia) sem que consinta o outro. Em relação aos bens móveis, mesmo que sejam mais valiosos que os da propriedade imobiliária do casal, a alienação ou oneração independe de autorização conjugal.

A vedação alcança não somente os bens comuns, mas também os que não integram a comunhão. Preocupa-se a lei, na verdade, com a solvência da família. Se um dos cônjuges dilapidar o patrimônio próprio, os interesses do outro serão afetados, tendo em vista o dever de mútua assistência característico do vínculo matrimonial. Não havendo, contudo, qualquer prejuízo potencial no ato de disponibilização do bem particular, compete exclusivamente ao cônjuge que o titula a decisão de aliená-lo (CC, art. 1.665), descabendo a recusa da outorga uxória ou autorização marital.

b) Demandar em ações reais de natureza imobiliária (CC, art. 1.647, II). Seja como autor ou como réu, os esposos não podem litigar desacompanhados em juízo, quando a ação versar sobre direito real incidente em coisa imóvel. A pessoa casada não pode reivindicar a titularidade de imóvel ou mesmo a proteção possessória sem que o seu cônjuge tenha conhecimento e concorde com a medida.

c) Prestar fiança ou aval (CC, art. 1.647, III). Fiança e aval são conceituados como garantias fidejussórias. A primeira corresponde a contrato gratuito, em que uma das partes (fiador) assume perante a outra (credor) a obrigação de pagar o devido por terceiro (afiançado), caso esse não entregue a prestação a que se obrigou. O aval, por sua vez, é o ato cambiário pelo qual uma pessoa (avalista) se obriga a pagar título de crédito em favor de outro obrigado

(avalizado). Sem a outorga uxória ou autorização marital, a pessoa casada não pode ser fiadora, nem avalista.

Se faltar a anuência conjugal à fiança ou aval, em princípio, a prestação da garantia é inválida, não podendo o credor demandar nem o cônjuge que praticou o ato, nem o outro. Mas, em proteção à boa-fé do titular do crédito, tem a jurisprudência admitido que a cobrança recaia exclusivamente sobre os bens componentes da meação do fiador ou avalista. Esse entendimento, embora atenda aos interesses dos credores, acaba por frustrar os objetivos do direito de família, que, como visto, procuram impedir que a insolvência de um dos cônjuges agrave a condição patrimonial do outro, que será chamado a cumprir seu dever de assistência.

d) *Doação de bens comuns ou que possam se comunicar* (CC, art. 1.647, IV). Nenhum dos cônjuges pode doar bens comuns ou passíveis de comunicação. O casado em regime de comunhão universal não pode fazer doação nenhuma sem autorização do outro cônjuge. Se o regime é da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, os bens comunicáveis adquiridos na constância do casamento não podem ser doados. Abre a lei duas exceções. *Primeira*, na doação remuneratória. Quando alguém se beneficia de serviços prestados por outrem e, mesmo não estando obrigado, resolve remunerá-los mediante a entrega de bens ou dinheiro em valor superior aos serviços recebidos,

chama-se *remuneratória* essa hipótese de doação (Cap. 32, item 2). Sendo casado o doador, dispensa-se a autorização do cônjuge, em razão do benefício auferido. *Segunda*, na doação nupcial. O cônjuge é livre para doar ao filho que se casa ou estabelece economia separada, bens que o auxiliem nesse importante passo. Não precisará da autorização do outro cônjuge para fazer a doação nesse caso, mesmo que importe a alienação de bens comuns. Nos dois casos excepcionais, porém, a liberalidade não poderá ser significativa, devendo corresponder a parte pequena da meação do doador, para que não se prejudiquem os direitos protegidos pelo regime de comunhão de bens.

Determinados atos ou negócios jurídicos o cônjuge casado em regime de comunhão não pode praticar sem a autorização do outro.

Se a recusa da outorga uxória ou autorização marital for abusiva ou não puder ser concedida, o juiz poderá suprir o consentimento do esposo ou esposa.

Nos casos em que o cônjuge recusa a anuência sem motivo justo, há abuso de direito. O interessado na prática do negócio jurídico pode requerer em juízo o suprimento desse consentimento. Se o cônjuge não pode, por exemplo, alienar imóvel integrante de seu patrimônio particular porque

o outro denega a autorização injustificadamente, cabe ao primeiro buscar o suprimento judicial. Também ao juiz caberá suprir a concordância do consorte que se encontra impossibilitado de a conceder, por qualquer razão, como no caso de inconsciência decorrente de enfermidade ou acidente (CC, art. 1.648).

Em qualquer hipótese dos atos listados no art. 1.647 do CC, será anulável o que se praticou sem a devida autorização do cônjuge ou seu suprimento judicial. Em dois anos, contados do término da sociedade conjugal, decai o direito de o cônjuge prejudicado pleitear a anulação (CC, art. 1.649). O termo *a quo* do prazo decadencial é o fim da sociedade conjugal não somente para que o lesado se encontre em condições de exercer plenamente seu direito, mas também para protegê-lo. Se a invalidação é decretada ainda na constância do casamento, o cônjuge lesado pode vir a sofrer consequências da imputação de responsabilidade ao outro pelos danos causados a terceiros.

A ação compete também aos herdeiros do cônjuge prejudicado e a ninguém mais (CC, arts. 1.645 e 1.650). O prazo para a propositura decai igualmente nos dois anos seguintes ao término da sociedade conjugal. Desse modo, se o viúvo havia feito doação de vulto sem a autorização da falecida, os filhos podem, enquanto não decaído o direito à invalidação do contrato, ajuizar a ação de anulação.

Julgada procedente a demanda proposta pelo cônjuge

cujos assentimento era necessário, mas não se colheu, anular-se-á a alienação, oneração ou liberalidade. Obviamente, isso redundará em perda a terceiros, tais como o adquirente, credor, donatário etc. A lei põe a salvo os interesses deles, mediante o reconhecimento da ação regressiva contra o cônjuge que realizou o negócio invalidado, ou seus herdeiros (CC, art. 1.646). Por isso, a propositura da ação de anulação enquanto ainda não terminada a sociedade conjugal nem sempre é do interesse do cônjuge prejudicado, já que o exercício do direito regressivo pelo terceiro poderá afetá-lo de modo indireto, ao ser chamado a cumprir o dever de mútua assistência.

2.2. Atos que podem ser praticados separadamente

Os atos que os cônjuges podem praticar separadamente, qualquer que seja o regime, estão relacionados no art. 1.642 do CC. É certo que esse dispositivo também se aplica aos casados em regime de separação absoluta. Mas, para eles, a relação não seria necessária, tendo em vista a própria definição desse regime. Em outros termos, é ressalva feita pela lei que interessa unicamente aos casados em regime de comunhão, que, nesse particular, encontram-se na mesma situação de quem titula patrimônio separado, ou seja, de quem se casou em regime de separação absoluta. Daí por que prefiro examiná-la aqui, como regra atinente aos regimes de comunhão.

A relação do art. 1.642 do CC é exemplificativa, em vista do disposto no inciso VI. Desse modo, não existindo expressa vedação, ou seja, não estando o ato relacionado no art. 1.647 do CC, ou noutra norma legal que condicione sua prática pelo casado à autorização do cônjuge, cada um deles pode praticá-lo isoladamente. Pois bem, são exemplos de atos que a pessoa casada em regime de comunhão (e mesmo no de separação) pode praticar independentemente de anuência do consorte:

a) *Administrar e dispor dos bens necessários ao desempenho de sua profissão, exceto, para os não empresários, se importar alienação ou oneração de imóvel* (CC, arts. 1.642, I, e 1.647, I). A liberdade de exercício profissional não pode ser tolhida ou embaraçada pelo outro cônjuge. Se a mulher dentista precisa de recursos para financiar a modernização de seu consultório dentário, pode contratá-los junto ao banco, dando em garantia fiduciária a propriedade resolúvel dos novos equipamentos, sem a necessidade de autorização do marido. Para alienar ou gravar de ônus real um bem imóvel, no entanto, a autorização do cônjuge é necessária, mesmo que o assunto diga respeito exclusivamente ao exercício da profissão, *salvo* no caso do empresário. Por expressa ressalva da lei, o empresário individual pode praticar esses atos quando o imóvel “integrar” o patrimônio da empresa — melhor dizendo, quando esse bem do patrimônio do empresário individual

estiver sendo *usado* na exploração da atividade empresarial (art. 978). A ressalva, diga-se, corresponde a situação raríssima, já que as empresas quase nunca são exploradas individualmente, mas em geral por sociedades com a forma de limitada ou anônima.

b) *Administrar os bens próprios* (CC, art. 1.642, II). Mesmo na comunhão, um dos cônjuges pode possuir bens próprios: por exemplo, o recebido por doação com a cláusula de incomunicabilidade, o anterior ao matrimônio no caso da comunhão parcial ou de participação final nos aquestos etc. Esses bens próprios não entram para a comunhão, e sua administração compete com exclusividade ao cônjuge que o titula. Desse modo, ele não precisará da anuência do outro cônjuge para alugar o bem ou deixá-lo sem fruição, dá-lo em comodato a parente consanguíneo ou mesmo a terceiros etc. Aqui também incide a vedação do art. 1.647, I, do CC, para os não empresários. Desse modo, mesmo os bens próprios de um dos cônjuges não pode ser alienado ou gravado de ônus real sem o consentimento do outro.

c) *Desobrigar ou reivindicar os imóveis gravados ou alienados sem o seu consentimento ou suprimento judicial* (CC, art. 1.642, III). Se, apesar da vedação, um cônjuge aliena ou onera bem imóvel sem anuência do outro, este último não precisa da anuência daquele para demandar em juízo a desconstituição do gravame ou do ato de disposição patrimonial. Lembre que as ações reais sobre bens imóveis

só podem ser aforadas por pessoas casadas com a anuência do cônjuge (CC, art. 1.647, II; CPC, art. 10). Evidentemente, essa condição não poderia ser estendida para as demandas de desconstituição da alienação ou oneração de bens imóveis pela falta da anuência do demandante. Se, para propô-la, o prejudicado precisasse da anuência do cônjuge que praticara o ilícito, é provável que não pudesse defender seus direitos, o que contrariaria a garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário.

d) Demandar a desconstituição de atos praticados sem sua concordância, quando esta era necessária (CC, art. 1.642, IV). Como visto, se o regime de bens é o da comunhão, nenhum cônjuge pode, sem a autorização do outro, doar bens comuns ou passíveis de se comunicar, prestar fiança ou dar aval. Se um desses atos é praticado com desobediência a essa condição, ele pode ser anulado. O cônjuge prejudicado tem direito de demandar a anulação desacompanhado. Aqui, a lei excedeu-se em cautela. Como é pessoal, e não real imobiliária, a demanda para obter a desconstituição de contratos de doação, fiança ou aval, seria por tudo dispensável a expressa previsão de desnecessidade da anuência do cônjuge. Feita a ressalva expressa, não restam dúvidas de que a pessoa casada pode isoladamente ir a juízo para invalidar o negócio jurídico praticado sem a sua autorização.

e) Reivindicar bens comuns doados ou transferidos a

concubino (CC, art. 1.642, V). Se um dos cônjuges doa bens comuns, ou os transfere, a qualquer título, a concubino, isto é, pessoa com quem mantém relacionamento não eventual, mas também não característico da união estável (Cap. 59, item 4), e o faz sem a autorização do esposo ou esposa, a doação ou transferência pode ser desconstituída por este ou esta, agindo isoladamente. Não haverá a desconstituição se demonstrado que o bem foi adquirido pelo esforço comum do cônjuge que fez a transferência e seu concubino, quando o primeiro estiver separado de fato por mais de cinco anos.

Salvo os atos arrolados no art. 1.647 do CC, as pessoas casadas podem praticar todos os demais sem autorização do cônjuge, ainda que o casamento siga o regime da comunhão.

Desse modo, podem administrar os bens próprios, demandar o desfazimento de negócios jurídicos para os quais seu consentimento era indispensável e não foi colhido etc.

Reforçando, a lista dos atos praticáveis independentemente de consentimento do cônjuge é exemplificativa. Qualquer ato ou negócio jurídico não

condicionado, pela lei, à outorga uxória ou autorização marital pode ser praticado pela pessoa casada desacompanhada de seu consorte.

2.3. Espécies de comunhão

São três os regimes de comunhão de bens.

Na comunhão universal, a regra geral é a da comunicação de todos os bens dos cônjuges, anteriores ou posteriores ao casamento. Há, como já referido, uma margem mínima de incomunicabilidade, isto é, alguns bens que não se comunicam de nenhum modo para proteção dos interesses individuais dos cônjuges (subitem 2.3.1).

Na comunhão parcial, comunicam-se apenas os bens posteriores ao casamento, mesmo assim desde que não tenham sido adquiridos por doação ou sucessão por um dos cônjuges somente. Em relação aos bens já titulados pelos consortes antes de se casarem, continuam a pertencer ao seu titular com exclusividade (subitem 2.3.2).

Enfim, na participação final nos aquestos, a comunicação dá-se nos bens adquiridos pelo esforço comum do casal, a título oneroso, durante a constância do casamento. Quanto aos demais, anteriores ou posteriores ao casamento, opera-se a incomunicabilidade (subitem 2.3.3).

A comunhão pode ser universal (abrangendo os bens anteriores e posteriores ao casamento), parcial (abrangendo unicamente os posteriores) ou de participação final nos aquestos (abrangendo os adquiridos na constância do casamento com o esforço comum).

A administração dos bens comuns, no regime de comunhão universal ou parcial, cabe a qualquer um dos cônjuges (CC, arts. 1.663 e 1.670). Para os atos de administração desses bens pode, em princípio, cada cônjuge agir isoladamente, não necessitando consultar ou colher a autorização do outro. Apenas para a cessão do uso ou gozo de bens comuns a título gratuito, a concordância dos dois cônjuges é indispensável (art. 1.663, § 2º). De qualquer modo, se um deles se mostrar pródigo no exercício desse direito, praticando atos de malversação de bens integrantes

da comunhão, ele poderá ser privado pelo juiz, a pedido do outro consorte, da competência para administrá-los sozinho (§ 3º).

Em caso de divergência entre os cônjuges acerca das providências de administração que melhor se ajustem ao patrimônio comum, a sua superação deve ser feita pelo juiz, a pedido de qualquer um deles, a exemplo do que se verifica relativamente a qualquer outro caso de dissenso nas questões afetas à família (CC, art. 1.567, parágrafo único).

Se um dos cônjuges contrair dívida, ficam obrigados os bens comuns (CC, art. 1.664) e os particulares dele, bem assim os do outro cônjuge, na proporção do proveito que tiver (art. 1.663, § 1º). Desse modo, se o marido, por exemplo, toma empréstimo no banco para a construção da casa em que a família terá domicílio, por essa obrigação respondem todos os bens do patrimônio comum e os particulares dos cônjuges, porque tanto o mutuante quanto o outro se beneficiam igualmente do empréstimo. Mas se a dívida é contraída para sanear um dano que um dos cônjuges, antes do casamento, havia causado ao bem que se comunicou, o patrimônio particular do outro não responde, tendo em vista que nenhum proveito trouxe para ele a obrigação.

2.3.1. Comunhão universal

O regime da comunhão universal de bens importa a comunicação entre os patrimônios dos cônjuges de todos os

bens, anteriores ou posteriores ao casamento, salvo algumas exceções (CC, art. 1.667). Até 1977, correspondeu ao regime legal no direito brasileiro, isto é, àquele que devia ser observado no caso de os consortes não optarem expressamente por nenhum outro.

Como já assentado, sempre preserva a lei uma margem mínima de incomunicabilidade de bens, em atenção à proteção dos cônjuges, que normalmente estão embriagados pelo espírito de desprendimento deles exigido às vésperas do matrimônio e não têm, por isso, plena isenção para tratar dos assuntos patrimoniais com racionalidade.

Assim, a lei exclui da universalidade da comunhão:

a) Os proventos do trabalho pessoal (CC, arts. 1.668, V, e 1.659, VI). Os direitos que cada cônjuge passa a titularizar em razão de seu trabalho não se comunicam ao outro. Em razão da personalidade do trabalho, que, em suas diversas modalidades, se traduz em desgaste de forças físicas ou mentais do trabalhador, os proventos correspondentes não devem ser repartidos, nem mesmo com os cônjuges. A exclusão aplica-se a qualquer tipo de trabalho, seja o despendido sob vínculo empregatício, na condição de profissional liberal autônomo, administrador de companhia, empreitada ou qualquer outra forma de prestação de serviços.

É certo que, na constância do casamento, quando tais direitos são exercidos, o dinheiro recebido a qualquer título

em contraprestação ao trabalho ingressa no patrimônio do trabalhador e também na comunhão. Um exemplo ajuda a aclarar a questão. Pense no saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS. Ele corresponde a um provento do trabalho assalariado, que o empregador é obrigado a depositar numa conta bancária todo mês. Sua liberação em favor do empregado só é autorizada em determinadas hipóteses, como a extinção do contrato de trabalho por dispensa sem justa causa, aposentadoria, desemprego após certo período etc. (Lei n. 8.036/90, art. 20). Pois bem, enquanto não liberado o saldo, trata-se de proventos do trabalho pessoal do empregado, que não se comunicam, mesmo que ele seja casado no regime da comunhão universal. Se o trabalhador se separa de fato *antes* de ocorrer o fato jurídico autorizando o levantamento do FGTS, o outro cônjuge não tem nenhum direito sobre esse saldo, nem mesmo proporcional ao tempo em que estavam casados. Se a separação de fato, contudo, é *posterior* ao fato jurídico que autoriza o levantamento do FGTS, o dinheiro passa a integrar o patrimônio comum, e metade dele pertence ao outro cônjuge no regime da comunhão universal.

O mesmo critério adota-se, por exemplo, no tocante aos honorários que o médico, advogado ou outro profissional liberal tem a receber. Ainda que o trabalho profissional fora prestado predominantemente durante a constância do casamento, se o recebimento da remuneração ocorre quando

finda a sociedade conjugal, o outro cônjuge nenhum direito titula sobre o dinheiro correspondente. Da mesma forma, os honorários recebidos após o casamento vão para a comunhão, mesmo que correspondam a trabalho despendido, em sua maior parte, antes do enlace matrimonial.

b) Proventos da aposentadoria (CC, arts. 1.668, V, e 1.659, VII). As pensões, meios-soldos (devidos aos militares na reserva), montepios e outras rendas semelhantes, a exemplo dos proventos do trabalho pessoal, também não se comunicam enquanto não se traduzem em dinheiro disponibilizado ao cônjuge. A partir do dia em que a sociedade conjugal termina, cada cônjuge não divide mais com o outro o valor das pensões que passa a receber; em relação, contudo, ao dinheiro correspondente às pensões vencidas anteriormente, que se encontrar ainda no banco, tem lugar a meação.

c) Os bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão (CC, arts. 1.668, V, e 1.659, V). Não se comunicam, mesmo na comunhão universal, os bens de uso pessoal (roupas, acessórios, relógio de pulso, telefone celular etc.), livros (ou qualquer outro suporte de informação, como CD ou DVD) e instrumentos profissionais (adquiridos mesmo com o esforço comum para o exercício da profissão por um dos cônjuges).

Em relação aos bens de uso pessoal, importa destacar

que as joias não se comunicam quando adquiridas pelo casal para uso de um deles somente, como o solitário de muitos quilates que o marido presenteou à mulher no aniversário de casamento. Mas se a mesma joia tiver sido comprada com o objetivo de investimento, então integra a comunhão, porque não se considera estritamente um bem de uso pessoal, mas um ativo do patrimônio comum.

d) Bens gravados com a cláusula de inalienabilidade ou de incomunicabilidade (CC, arts. 1.668, I e IV, e 1.911). Os bens doados ou testados ao cônjuge podem vir gravados com a cláusula de inalienabilidade ou de incomunicabilidade. É o caso em que o doador ou testador não pretendeu estender a liberalidade ao cônjuge do donatário ou do legatário. Se instituída apenas a cláusula de inalienabilidade, considera-se implícita a de incomunicabilidade; se gravado o bem apenas com esta última, ele poderá ser alienado, mas continua não se comunicando ao cônjuge.

Igualmente não compõem a comunhão universal as doações antenupciais feitas por um cônjuge ao outro com a cláusula de incomunicabilidade. Claro que, não gravado o bem, haverá comunicação, ainda que se trate de doação antenupcial. Se um dos nubentes presenteou o outro com um cãozinho, o animal passa, com o casamento, a pertencer ao casal. No divórcio, o cônjuge que não ficar com ele tem direito a titular outros bens em valor equivalente, em vista da

indivisibilidade do cão.

e) *Bens gravados com fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário* (CC, art. 1.668, II). Se um dos cônjuges recebeu certo bem em fideicomisso, ele será transmitido, ao falecer, não aos seus herdeiros, mas à pessoa designada pelo testador. Para que isso se verifique, evidentemente não se pode dar a comunicação no caso de dissolução da sociedade conjugal do fideicomisso.

f) *Dívidas anteriores ao casamento* (CC, art. 1.668, III). As obrigações passivas de cada cônjuge constituídas antes do casamento não integram a comunhão universal. O credor não pode executá-la nos bens do outro cônjuge, mas somente nos que o devedor trouxe para o patrimônio comum. Exceção é aberta pela lei às dívidas provenientes de despesas com a preparação do matrimônio (*aprestos*) e demais que revertam em proveito comum. Se o noivo contraiu empréstimo para comprar o anel de noivado, objetivando causar vivíssima impressão à noiva, o patrimônio comum responderá pela dívida correspondente, já que se qualifica como despesa preparatória do matrimônio.

Na comunhão universal, todos os bens, anteriores ou posteriores ao casamento, passam ao patrimônio comum.

Excetua-se da comunicação unicamente alguns bens expressamente relacionados pela lei, como os gravados com a cláusula de inalienabilidade ou de incomunicabilidade, os proventos do trabalho pessoal, direitos autorais e outros.

g) *Direitos autorais* (CF, art. 5º, XXVII; Lei n. 9.610/98, art. 39). Aos autores de obra intelectual pertencem, com exclusividade, os direitos autorais, em razão de preceito

constitucional, por força do qual não cabe a comunicação pelo casamento. Desfeita a sociedade conjugal, os direitos autorais continuam a ser titulados exclusivamente pelo cônjuge autor.

2.3.2. Comunhão parcial

Na comunhão parcial, a comunicação acontece basicamente com os bens adquiridos após o casamento (CC, art. 1.658). Mesmo que tenha sido registrado no nome de um só dos cônjuges, aos dois pertence o bem se o título de aquisição é de data posterior à do matrimônio (art. 1.660, I). Também é dos dois o bem adquirido por fato eventual, como o prêmio de loteria, mesmo que a aposta tenha sido feita por um deles somente antes de se casar (art. 1.660, II).

Nesse regime, os bens anteriores ao casamento continuam a pertencer ao cônjuge que os trazia em seu patrimônio quando se casou (CC, art. 1.659, I). A diferença fundamental em relação à comunhão universal está na exclusão dos bens que cada cônjuge já titularizava antes do casamento. Se a mulher havia adquirido, quando solteira ainda, um apartamento, esse imóvel permanece em seu patrimônio particular e não se comunica. Terminando a sociedade conjugal, o apartamento não será partilhado.

Para que não integre a comunhão, é suficiente que o título aquisitivo tenha causa anterior ao matrimônio (CC, art. 1.661). Não interessa, por conseguinte, que o domínio se

tenha transferido ao cônjuge na constância do casamento, se o contrato de compra e venda celebrara-se anteriormente. Imagine que o marido havia adquirido, antes de se casar, uma obra de arte, mas o vendedor não lha entregou prontamente como havia sido combinado. A demanda judicial arrastou-se e a entrega da obra de arte ao comprador ocorreu depois do casamento. A propriedade mobiliária transmite-se com a tradição, mas como o negócio aquisitivo, neste exemplo, verificou-se antes do casamento, o seu objeto não se inclui na comunhão parcial.

Essa é a regra geral do regime de comunhão parcial de bens, que, obviamente, comporta algumas exceções. Não se comunicam, nesse sentido, ainda que adquiridos posteriormente à constituição da sociedade conjugal, os seguintes bens:

a) Os que não se comunicam na comunhão universal. É decorrência lógica do conceito dos regimes de comunhão universal e parcial que, neste último, as exclusões são sempre maiores e nunca menores que no primeiro. Em outros termos, a parcialidade da comunhão amplia, mas não reduz, o arco de exclusões de comunicações quando contraposta à universalidade. Dessa maneira, também não se comunicam, na comunhão parcial, os bens recebidos por qualquer dos cônjuges a título de fideicomisso, os proventos do trabalho pessoal ou da aposentadoria, os bens pessoais, livros e equipamentos de profissão, e direitos autorais. Na maioria

dessas hipóteses, preocupou-se a lei em deixar claramente estabelecida a exclusão, para que não pairassem incertezas (CC, art. 1.659, V, VI e VII; Lei n. 9.610/98, art. 39). Na do fideicomisso, incorreu em omissão, mas evidentemente também não há nela qualquer comunicação.

b) Os recebidos em doação ou por sucessão (CC, art. 1.659, I). Quando o cônjuge casado em comunhão parcial recebe bem em doação ou por sucessão (legítima ou testamentária), não se verifica a comunicação. Mesmo no caso de bem doado ou testado sem cláusula de inalienabilidade ou de incomunicabilidade, a comunhão não ocorre.

Opera-se a comunicação, porém, se ambos os cônjuges são donatários, herdeiros ou legatários (CC, art. 1.660, III). Em tendo o doador praticado a liberalidade em favor do casal, nenhum dos cônjuges pode pretender a titularidade exclusiva do objeto doado. Nem mesmo se a parte liberal da doação for parente consaguíneo de uma delas, em beneficiando a doação ou o testamento aos dois cônjuges, estabelece-se a comunhão.

c) Os bens sub-rogados (CC, art. 1.659, II). Havendo sub-rogação de bem do patrimônio particular de um dos cônjuges, o sub-rogado também não integra a comunhão. Por isso, se o bem do patrimônio particular de um dos cônjuges é vendido, o dinheiro correspondente ou a parte proporcional de outro bem em cuja compra ele foi empregado

continua a pertencer apenas a ele. Se o apartamento ou a obra de arte dos exemplos acima são alienados na constância do casamento, o dinheiro pago pelo comprador pertence ao cônjuge que titulava o bem vendido, ainda que venha a ser depositado em conta-corrente conjunta. Se tiver sido utilizado pelo casal como um dos recursos na compra de bem comum, a partilha deste deverá ser desproporcional, de modo a assegurar a exclusão do valor em que se sub-rogou o bem estranho à comunhão.

À semelhança do que vigora para os bens adquiridos antes do casamento, também não se comunicam aqueles em que se tiverem sub-rogado os recebidos por doação ou sucessão.

d) Obrigações anteriores ao casamento (CC, art. 1.659, III). Pelas obrigações constituídas antes do casamento, não respondem os bens comuns nem, evidentemente, os particulares do outro cônjuge. O credor, nesse caso, só pode executar seu crédito mediante a penhora de bens do patrimônio particular do devedor, isto é, dos excluídos da comunhão.

e) Obrigações provenientes de ato ilícito (CC, art. 1.659, IV). Se um dos cônjuges pratica ato ilícito, de que não provém benefício nenhum para o outro, a obrigação de indenizar não se comunica ao patrimônio comum. Isto é, o credor da indenização não pode pedir em juízo a penhora de bens objeto de comunicação ou pertencentes

exclusivamente ao outro consorte. Haverá a comunhão da obrigação passiva apenas se o ato ilícito, embora praticado por um só dos cônjuges, importou locupletamento também do outro. Se o marido comete latrocínio e entrega o produto do crime à mulher, que dele desfruta sem enrubescer, o patrimônio todo do casal é responsável pela indenização da família da vítima.

No regime de comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam, a menos que sejam provenientes de doação ou sucessão ou mesmo da sub-rogação de anteriores à constituição do vínculo matrimonial.

A comunhão parcial alcança as benfeitorias introduzidas

em bens do patrimônio particular de cada cônjuge, bem assim os frutos percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo do término da sociedade conjugal (CC, art. 1.660, IV e V). Desse modo, se o apartamento que um dos consortes trouxe em seu patrimônio ao se casar é inteiramente reformado, com o emprego de recursos comuns, a valorização do bem não é apropriada exclusivamente por aquele. As benfeitorias correspondentes à reforma, ao contrário, integram o patrimônio comum do casal e devem ser partilhadas em caso de divórcio. De outro lado, o aluguel recebido em razão da locação de bem particular de um dos cônjuges não lhe pertence com exclusividade, mas faz parte da comunhão, inclusive os vencidos e não pagos à data em que a sociedade conjugal se encerrar.

Em suma, no regime de comunhão parcial, pode-se distinguir, de um lado, o *patrimônio particular* de cada cônjuge (composto pelos bens adquiridos antes do casamento, recebidos por doação, os proventos do trabalho pessoal, as obrigações passivas constituídas anteriormente ao matrimônio etc.) e o *comum* (adquiridos após o casamento, benfeitorias nos particulares, obrigações passivas em proveito da família etc.). Aquele é administrado exclusivamente pelo cônjuge que o titula, que tem inclusive o direito de dele dispor a qualquer tempo (se for imóvel e o outro cônjuge recusar a autorização, caberá o suprimento) e apenas sobre ele recaem as dívidas contraídas para a

respectiva administração (CC, arts. 1.665 e 1.666).

2.3.3. Participação final nos aquestos

O regime de participação final nos aquestos é novo no direito brasileiro, tendo sido introduzido pelo Código Reale. Tal como o da comunhão parcial, trata-se de um regime híbrido, em que o patrimônio dos cônjuges se reparte em particular e comum. Ao contrário deste, porém, só se comunicam os adquiridos na constância do casamento mediante o esforço comum do casal.

Como toda novidade, tem despertado algumas incertezas — para cuja superação infelizmente nem sempre o texto da lei ajuda como deveria. Para compreender seus contornos e disciplina, o critério mais útil é extremá-lo dos demais regimes. A interpretação das normas legais referentes à participação final nos aquestos não pode nunca igualá-la ao regime da comunhão parcial ou da separação absoluta. A meio caminho entre um e outro (poderia ter sido chamado de “separação relativa”), a participação final nos aquestos não pode perder sua especificidade.

No regime da participação final nos aquestos, cada cônjuge mantém seu patrimônio próprio durante a constância do casamento (neste aspecto, aproxima-se do da separação absoluta) e tem, ademais, direito à meação dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso (aqui, a aproximação dá-se com o regime da comunhão parcial) (CC,

art. 1.672). No patrimônio próprio de cada cônjuge encontram-se os bens que já lhe pertenciam à época do casamento e os que ele adquiriu, a qualquer título, na constância deste (art. 1.673). A administração do patrimônio particular compete exclusivamente ao cônjuge que o titula, e pelas dívidas por ele contraídas respondem apenas os seus bens, mesmo quando posteriores ao casamento (art. 1.677). Essas implicações só podem ser afastadas, quando adotado o regime da participação final nos aquestos, mediante disposição inserida de comum acordo no pacto antenupcial (art. 1.656).

Para exemplificar, imagine que duas pessoas se casam no regime de participação final dos aquestos. No dia anterior ao casamento, ele tem em seu patrimônio um apartamento, dois terrenos e um barco; e ela, uma casa de praia, ações de uma sociedade anônima e obras de arte. Casados, esses bens não se comunicam, continuando a pertencer a cada cônjuge. O casamento dura oito anos, ao longo dos quais, ele herdou fração ideal de uma mansão e comprou mais três terrenos. Ela, por sua vez, vendeu a casa de praia e comprou outra maior, além de ter adquirido também alguns conjuntos de escritório. Ao término da sociedade conjugal, todos os bens que foram acrescentados ao patrimônio de cada cônjuge durante sua existência (gratuita ou onerosamente; alguns por sucessão, outros por sub-rogação) continuam a pertencer ao respectivo titular, não se comunicando.

Imagine, agora, que ele e ela, no terceiro ano de casados, juntaram as economias e adquiriram uma casa na cidade, onde fixaram o domicílio conjugal. No quarto ano, com dinheiro dos dois arremataram, num concorrido leilão, a tela de um afamado pintor. Esses bens, porque foram comprados com o esforço comum, pertencem aos dois, ainda que o imóvel esteja registrado no nome de um dos cônjuges somente e a nota fiscal de venda da obra de arte identifique apenas um deles como o adquirente. Ele e ela titulam, por isso, a meação desta casa e pintura.

A comunhão, nesse regime, não se estabelece na constância do casamento, mas somente ao término da sociedade conjugal. Por isso, quando adotada a participação final nos aquestos, o cônjuge não tem a titularidade da meação enquanto casado. Torna-se meeiro somente no caso de dissolução do vínculo matrimonial e apenas dos bens adquiridos pelo esforço comum. Nesse regime, a meação fica *suspensa* enquanto perdurar o casamento — ela não é renunciável, cessível nem penhorável.

Com o fim do vínculo conjugal, a partilha de bens — tanto no juízo do divórcio, como no sucessório (CC, art. 1.685) — depende do cômputo do valor dos aquestos; feito por meio de cálculo, cuja complexidade infelizmente a lei não conseguiu captar de modo adequado.

Em outros termos, no exemplo imaginado acima, não haveria dificuldades na identificação dos bens componentes

da meação. Mas a vida é muitíssimo mais rica de possibilidades. Ao longo dos anos de convivência, pode-se perder na bruma dos negócios realizados a dimensão exata da contribuição de cada cônjuge na aquisição dos bens que passaram a integrar seus patrimônios. Para mensurar o montante dos aquestos, é necessário recuperar as informações atinentes a cada aquisição, bem como trazer ao valor presente — isto é, atualizar para a data da dissolução do regime — o preço, pagamento, desembolso ou quantia correspondente (CC, art. 1.683).

O cálculo dos aquestos compreende, então, três etapas.

Na primeira, são apurados os valores correspondentes aos bens que indubitavelmente integram o patrimônio particular, ou seja, aos listados no art. 1.674 do CC: bens anteriores ao casamento e os que nele se sub-rogaram; os adquiridos por cada cônjuge em razão de sucessão ou liberalidade; as dívidas correspondentes. Do valor do patrimônio particular de cada cônjuge deduz-se, então, a soma dos valores desses bens. É a etapa mais simples do cômputo dos aquestos, porque, em termos gerais, corresponderão as deduções às exclusões do regime de comunhão parcial, suficientemente conhecidas dos profissionais do direito.

Na segunda etapa, devem ser considerados os valores dos demais bens adquiridos pelos consortes na constância do casamento, para distinguir os que o foram com recursos

individuais dos que resultaram de esforço conjunto do casal. Em relação a esta parte do cálculo, os critérios legais são três: no caso de bens adquiridos pelo esforço comum, cada cônjuge terá direito à metade (CC, art. 1.679), os bens móveis presumem-se adquiridos na constância do casamento (art. 1.674, parágrafo único) e os imóveis são, em princípio, da propriedade daquele em cujo nome estiver registrado (art. 1.681). Em decorrência do primeiro critério, é absolutamente irrelevante o tamanho proporcional da contribuição de cada cônjuge para o esforço comum; tendo havido este, dividir-se-á o bem em quotas iguais, isto é, pela metade, mesmo que um dos consortes tenha contribuído mais que outro na aquisição. Em razão do segundo critério, o cônjuge que reivindicar a propriedade exclusiva de bem móvel deve provar que já o titulava ao tempo do casamento ou que o adquiriu com recursos próprios. Pelo terceiro e último critério de definição da titularidade dos bens potencialmente comuns, se um dos cônjuges tiver contribuído para a aquisição de imóvel, de cujo registro consta apenas o nome do outro, cabe-lhe impugnar a titularidade exclusiva. Mas, atente, uma vez feita a impugnação, o ônus da prova do esforço comum não é do impugnante. A lei atribui ao cônjuge em cujo nome está registrado o imóvel o dever de provar tê-lo adquirido com recursos particulares (art. 1.681, parágrafo único).

Percebe-se, com facilidade, que o cônjuge casado no

regime de participação final nos aquestos deve-se preocupar em conservar todos os documentos e informações atinentes a cada aquisição importante que tenha feito enquanto dura o casamento. Se comprou um imóvel e o registrou em seu nome, mas não puder provar, tempos depois, no término da sociedade conjugal, que o fez exclusivamente com recursos próprios, sem nenhuma contribuição material do outro cônjuge, terá direito unicamente à meação do bem. No caso de falecimento, competirá a prova aos seus herdeiros, a partir das informações e documentos que lhes chegarem às mãos.

A terceira etapa do cálculo dos aquestos diz respeito a certos ajustes. Se um dos cônjuges doou algum bem sem a autorização do outro, deve-se considerar que praticou a liberalidade em desfavor de seu patrimônio particular e não de bens comunicados. O valor atual da doação deve ser imputado ao patrimônio particular do cônjuge doador (CC, art. 1.675). Outro ajuste relaciona-se aos bens alienados em detrimento da meação, cujos valores devem ser imputados aos dos aquestos (art. 1.676). Nesses dois casos, o cônjuge prejudicado, ou seus descendentes, podem preferir a reivindicação do bem doado ou alienado ao ajuste no cálculo dos aquestos. O terceiro ajuste é pertinente às dívidas de um cônjuge solvidas pelo outro, com bens de seu patrimônio particular. O valor atualizado do pagamento imputa-se à meação do cônjuge devedor, como se tivesse

havido uma antecipação desta (art. 1.678). O derradeiro ajuste no cálculo dos aquestos diz respeito às dívidas de um dos cônjuges, que não pode comprometer a meação do outro quando seu valor superar a do devedor (art. 1.686).

Procedido ao cálculo dos aquestos, atribui-se a meação a cada cônjuge ou seus herdeiros. Sendo conveniente e possível, dividir-se-ão os bens em espécie. Caso contrário, o cônjuge proprietário pagará ao não proprietário em dinheiro o valor correspondente à meação. Não dispondo aquele de numerário para fazer o pagamento, alguns de seus bens, após avaliação e autorização judiciais, serão vendidos para a liquidação da partilha (CC, art. 1.684 e parágrafo único).

No regime da participação final nos aquestos, os cônjuges conservam seus patrimônios particulares e, ao término da sociedade conjugal (no falecimento de um deles ou divórcio), os bens adquiridos com o esforço comum do casal são divididos.

Num exemplo singelo, considere que no divórcio de casal casado em regime de participação final nos aquestos, o patrimônio em nome dele é avaliado em \$ 300, e o em nome dela, em \$ 500. Ultrapassada a primeira etapa dos cálculos, avalia-se que os bens indubitavelmente excluídos da meação correspondem, no patrimônio dele, a \$ 200, e no dela, a \$ 100. Na segunda etapa, resta provado que um imóvel em nome da mulher foi adquirido com dinheiro proveniente

exclusivamente do trabalho dela, e que seu valor é \$ 200. Na terceira etapa, apura-se que o marido pagou, com seus recursos, uma dívida da mulher, correspondente a \$ 30. Feitas as contas, os aquestos montam \$ 300, dos quais ele terá direito a \$ 180, e ela, a \$ 120.

Quer conferir? Do valor do patrimônio do marido, deve-se deduzir o dos bens indubitavelmente excluídos da meação ($\$ 300 - \$ 200 = \$ 100$), para alcançar o dos aquestos que se encontram no nome dele. Já do valor do patrimônio da mulher, para apurar os aquestos nele alocados, devem-se deduzir o destes bens e também o do que restou provado ter sido adquirido apenas com os recursos dela ($\$ 500 - \$ 100 - \$ 200 = \$ 200$). Soma-se, então, o valor dos aquestos em nome de cada um dos cônjuges ($\$ 100 + \$ 200 = \$ 300$). Ele seria simplesmente dividido pela metade, não fosse a necessidade do ajuste relativo à dívida dela paga por ele. Ajustado o cálculo, apura-se o direito do marido em \$ 180 ($\$ 300 \div 2 = \$ 150$; $\$ 150 + \$ 30 = \$ 180$), e o da mulher em \$ 120 ($\$ 300 \div 2 = \$ 150$; $\$ 150 - \$ 30 = \$ 120$).

3. A SEPARAÇÃO ABSOLUTA DE BENS

No regime da separação absoluta, nenhum dos bens dos cônjuges, anteriores ou posteriores ao casamento, se comunicam (CC, art. 1.687). A administração e a livre disponibilidade desses bens é titulada exclusivamente pelo cônjuge a quem pertence, que prescinde da anuência do

outro para alienar ou onerar bens imóveis, assim como para fazer doações. Não há nenhuma comunicação entre os bens de cada cônjuge, no regime da separação absoluta. Salvo no tocante às despesas do casal — que, a exemplo do que se verifica nos demais regimes, são custeadas por contribuições proporcionais de cada cônjuge (art. 1.688) —, o casamento celebrado nesse regime não produz efeitos patrimoniais.

Perceba a diferença entre os direitos do cônjuge relativamente aos seus bens, no regime de separação, e os referentes aos de seu patrimônio particular, nos regimes híbridos da comunhão parcial e da participação final nos aquestos. Em qualquer desses regimes, a administração de tais bens é exclusiva do cônjuge que o titula. Ele pode, independentemente de consulta ou anuência do consorte, explorá-los economicamente ou deixá-los sem produzir quaisquer frutos. No tocante à disponibilização, também ela é titulada com exclusividade pelo cônjuge a quem pertence o bem. Mas, enquanto no regime da separação absoluta, a outorga uxória ou autorização marital nunca é necessária para a alienação ou oneração de bens, nos regimes híbridos, é indispensável quando disser respeito a imóveis ou doação. A diferença reside, então, precisamente nesse ponto: o casado no regime de separação pode dispor dos seus bens livremente, independentemente de eventuais efeitos indiretos que o ato ocasione na economia do casal. Quem,

no entanto, se casa num dos regimes híbridos (comunhão parcial ou participação final nos aquestos) apenas pode dispor dos seus bens particulares se isso não agravar, indiretamente, a condição econômica do outro cônjuge. Noutros termos, se a disponibilização não puder agravá-la, o interessado na venda de bens particulares conseguirá o suprimento judicial da autorização; mas não a obterá se houver risco de agravo.

Em determinadas hipóteses, o regime de separação absoluta é obrigatório. A lei, nelas, não deixa à livre escolha dos cônjuges as estipulações atinentes à eficácia patrimonial do matrimônio. Por considerar que essa liberdade pode prejudicar direitos de terceiros ou que os cônjuges podem não se encontrar em condições de tomar a decisão acertada, a lei neutraliza qualquer efeito do casamento no âmbito patrimonial.

Seriam três as hipóteses de adoção obrigatória do regime da separação absoluta de bens: a) casamento feito a despeito da causa suspensiva; b) se pelo menos um dos cônjuges tem mais de 70 anos; c) se o enlace dependeu de suprimento judicial, como nos casos de não ter um ou ambos os consortes alcançado a idade núbil ou se havia sido denegada a autorização dos pais ou tutores (CC, art. 1.641).

Mas é inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce

dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana. A doutrina já tem assentado o entendimento pela inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do CC (Chinelato, 2004:289/291), embora a jurisprudência ainda titubeie a respeito do tema (Cahali, 2004:167/182).

Desse modo, são apenas dois os casos de obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens. De um lado, o do casamento celebrado a despeito da causa suspensiva; de outro, o que dependeu de suprimento judicial. Naquele, justifica-se a adoção do regime da separação absoluta para evitar a confusão patrimonial de que poderiam advir danos a direitos de terceiros (herdeiro, ex-cônjuge) ou de um dos cônjuges (pessoa tutelada ou curatelada). Neste último, a justificativa decorre da insuficiência de discernimento dos nubentes quanto ao melhor regime a adotar.

Depois de cessada a circunstância que justificou a obrigatoriedade do regime de separação, ele não se altera *ipso facto*. Afinal, pode ser que os cônjuges teriam optado exatamente por esse regime, se lhes tivesse sido dada a oportunidade. Depois de superado o motivo determinante da causa suspensiva (conclusão do inventário, partilha dos

bens do casamento anterior, aprovação das contas do tutor ou curador) ou uma vez alcançada a maioria pelos dois consortes, a mudança do regime de bens do casamento para outro que não o da separação depende de processo judicial (item 5).

Adotado o regime de separação absoluta, o casamento não projeta outros efeitos patrimoniais além da obrigação de cada cônjuge contribuir, proporcionalmente às suas rendas, para as despesas do casal.

Em duas hipóteses a separação de bens é obrigatória: quando o casamento é celebrado a despeito de causa suspensiva ou por surrimento judicial

Suprimento judicial.

É inconstitucional a previsão da lei no sentido da obrigatoriedade desse regime também no casamento de pessoa maior de 60 anos.

Quando estava em vigor o Código Beviláqua, a jurisprudência construiu o entendimento de que os cônjuges obrigados a casar no regime da separação teriam direito à meação nos aquestos, ou seja, nos bens adquiridos pelo esforço comum na constância do matrimônio. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, editara súmula a respeito: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (Súmula 377). O fundamento era um dispositivo legal que previa a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, mesmo não sendo de comunhão o regime adotado. Posteriormente, a jurisprudência estendeu o critério também para as hipóteses de separação convencional, isto é, aquelas em que os cônjuges adotaram o regime por livre vontade (Gonçalves, 2005:411).

A partir da vigência do Código Reale, duas importantíssimas alterações no direito positivo ocorreram. De um lado, não se reproduziu aquela previsão da comunicação dos aquestos em qualquer regime de bens; de outro, introduziu-se o regime da participação final nos aquestos. Em razão dessas duas mudanças na lei, não há mais razões para continuar o mesmo entendimento jurisprudencial. A Súmula 377 do STF não se coaduna mais com o direito vigente (Cahali, 2004:187/188). Ao garantir aos casados a meação dos bens adquiridos pelo esforço comum, as decisões judiciais nela fundamentadas, a rigor, anteciparam os contornos do regime de participação final nos aquestos. Pois bem, com a disciplina legal deste, não há mais razões para negar ao regime da separação absoluta a inteireza de suas implicações jurídicas, que são as de neutralizar qualquer implicação patrimonial do vínculo nascido com o casamento.

Nos casamentos celebrados a partir de 2003, portanto, os nubentes que declararem a opção pelo regime da separação de bens não podem ser tratados como se tivessem feito declaração diversa, ou seja, como se tivessem escolhido o da participação final nos aquestos. A tanto equivaleria o mais completo e descabido desprezo à vontade externada. Desde então, somente no caso de separação obrigatória, pode-se cogitar de aplicação das normas do regime de participação final nos aquestos, mesmo assim se o

juiz identificar que a solução legal, não necessariamente querida pelos consortes, pode levar ao enriquecimento indevido de um deles em detrimento do outro. Na minha opinião, o regime obrigatório no casamento a despeito da causa suspensiva ou de jovens sem idade núbil não deveria ser o da separação, mas sim o da participação final nos aquestos. A separação absoluta de bens, penso, não deveria nunca ser obrigatória, mas invariavelmente o produto da opção consciente e livre dos cônjuges.

Concluindo, sob a égide do Código Reale, quando adotado o regime convencional da separação de bens, o casamento não produz nenhum efeito patrimonial. Cada cônjuge continua o exclusivo titular de seus bens, e nenhum deles tem direito a qualquer meação sobre os do outro, ainda que adquiridos na constância do casamento, a qualquer título, com ou sem contribuição do casal. Da inexistência de direito à meação não decorre nenhum enriquecimento indevido, nem mesmo quando os dois cônjuges contribuíram para a aquisição do bem registrado ou documentado somente no nome de um deles. E não há enriquecimento indevido porque os cônjuges, ao escolherem o regime da separação, declararam a vontade compatível com a inexistência da meação. Quer dizer, quem se casa voluntariamente no regime da separação absoluta e concorda que um bem adquirido em conjunto fique apenas no nome do outro cônjuge, e não sob a cotitularidade dos

dois, renuncia a qualquer participação nele. Se não concordasse com isso, bastaria ter condicionado sua contribuição na aquisição deste bem à formalização da propriedade condominial.

Já na separação obrigatória, em que os cônjuges não tiveram a oportunidade de escolher o regime a adotar, pode-se admitir alguma flexibilização na ineficácia patrimonial absoluta do casamento, reconhecendo-se-lhe efeitos próximos ao do celebrado sob o regime da participação final nos aquestos como medida destinada à coibição do enriquecimento indevido, quando e se este ocorrer.

4. PACTO ANTENUPCIAL

Varia a forma de adoção do regime de bens do casamento segundo sua classificação. Quando o regime escolhido é o da comunhão parcial, basta o registro da declaração feita pelos nubentes nesse sentido nos autos do processo de habilitação. Querendo, porém, os noivos outro regime, só poderão fazê-lo mediante pacto antenupcial (CC, art. 1.640, parágrafo único). Esse instrumento formal específico também é exigido na hipótese do casamento no regime de separação obrigatória.

Pacto antenupcial é o instrumento de formalização da vontade convergente dos contraentes relacionada aos aspectos patrimoniais de suas relações como casados. É o meio de os cônjuges acordarem sobre seus bens, não se

limitando necessariamente à definição do regime matrimonial, mas podendo tratar também dos *antifernais*, que são os doados por um deles ao outro por ocasião do casamento, e os *parafernais*, isto é, os adquiridos pela mulher, na constância do casamento, por doação do marido (Fachin, 2003:187). Não têm validade os acertos feitos entre eles em outro documento, mas apenas no pacto antenupcial, que adota, aliás, obrigatoriamente a forma pública. Nulo é o contrato sobre bens celebrado pelos nubentes por instrumento particular (CC, art. 1.653).

Desse modo, optando os nubentes por um regime de bens diferente do da comunhão parcial, devem, durante o prazo de habilitação, procurar um tabelião para celebrarem, por escritura pública, o pacto antenupcial. Em outros termos, se o regime de bens é *convencional*, o pacto antenupcial é obrigatório como veículo da convenção dos nubentes. Mesmo que seja apenas para declarar que escolheram o regime da comunhão universal, essa formalidade é indispensável. É, assim, mais trabalhoso e custoso casar-se, quando o regime escolhido não é o da comunhão parcial.

O pacto sobre os aspectos patrimoniais do casamento deve ser feito necessariamente antes de sua celebração. Não terá validade nenhuma o ajustado entre pessoas casadas, porque, por lei, em vista da omissão da declaração tempestiva expedida pela forma correta, o regime de bens será o da comunhão parcial. Pretendendo os cônjuges alterá-

lo, ainda que em parte, não será suficiente a declaração de vontade de ambos, mesmo abrigada em escritura pública; para mudar o regime, eles deverão promover o processo judicial correspondente (item 5).

Quando o casamento não se realiza, o pacto antenupcial não terá nenhuma eficácia (CC, art. 1.653, *in fine*). Todas as suas disposições foram contratadas sob condição suspensiva.

Não terá validade a cláusula ou disposição do pacto antenupcial que contrariar disposição cogente da lei (CC, art. 1.655). Os nubentes obrigados ao casamento com separação de bens não podem, por hipótese, contratar no pacto antenupcial a plena comunicação dos adquiridos por qualquer um deles, anteriormente à sua celebração.

O pacto antenupcial é celebrado necessariamente por escritura pública e, claro, antes da cerimônia do casamento. Nele, os nubentes podem contratar qualquer disposição acerca dos efeitos patrimoniais do matrimônio, desde que não contrariem disposição cogente da lei.

A celebração do pacto antenupcial é obrigatória sempre que o regime de bens adotado não for o da comunhão parcial.

Finalmente, para que tenha efeitos perante terceiros, o disposto no pacto antenupcial deve ser registrado no Registro de Imóveis do domicílio conjugal (CC, art. 1.657).

5. ALTERAÇÃO DO REGIME

Uma vez definido o regime de bens do casamento, ele deve, em princípio, vigorar até o fim da sociedade conjugal. É o princípio da imutabilidade do regime. Embora esteja o princípio relativizado na lei em vigor, a imutabilidade deve ser a regra em atenção a interesses não só dos cônjuges, como de terceiros credores.

Sob a perspectiva dos cônjuges, a possibilidade de mudança do regime pode dar lugar a pressões indevidas contra o consorte com menos capacidade de gerar dinheiro. Imagine que a mulher é advogada e está prestes a ganhar honorários de sucumbência de valor expressivo, que não pretende compartilhar com o marido, um artista plástico não afamado. O regime é o da comunhão parcial, em função do qual o dinheiro desses honorários se comunicará assim que ingressar no patrimônio da advogada. Se a mudança de regime fosse a regra, ela poderia forçá-la brandindo a ameaça do divórcio. Nesse exemplo, em querendo o esposo manter o casamento, deveria submeter-se à alteração do regime para o da separação.

Já sob a perspectiva dos credores, a mudança de regimes pode importar redução da garantia patrimonial de

que desfrutam. Se o devedor é casado no regime da comunhão, a alteração para o da separação retiraria de seu patrimônio os bens que pelo primeiro se comunicavam. Mesmo operada a mudança no sentido inverso (do regime da separação para o da comunhão), pode haver prejuízo aos credores de um dos cônjuges, se o outro estiver insolvente. Considere que o patrimônio líquido de um deles é acentuadamente negativo, isto é, esse cônjuge deve muito mais do que tem; ao passo que o outro tem bens em valor que supera as suas dívidas, mas não muito. O credor desse último seria prejudicado pela transformação do regime de separação em comunhão, porque sua garantia seria bastante reduzida, desaparecendo eventualmente.

Em vista da atenção devotada a tais interesses pelo princípio da imutabilidade do regime de bens do casamento, a mudança deste só a admite a lei em hipóteses excepcionais, que são duas.

A primeira diz respeito ao estrangeiro casado que se naturaliza brasileiro. Havendo concordância expressa do cônjuge, ele pode, exibindo o decreto de naturalização, requerer ao juiz que determine a averbação da adoção do regime de comunhão parcial no Registro Civil (LINDB, art. 7º, § 5º). Trata-se de mutação do regime patrimonial sujeita a duas restrições: uma de ordem subjetiva, porque acessível apenas aos brasileiros naturalizados que já eram casados antes da naturalização; outra de ordem objetiva, porque o

novo regime não pode ser outro senão o da comunhão parcial. A autorização do juiz é necessária, inclusive para aferir a inexistência de prejuízos a terceiros.

A segunda hipótese não se baliza por tais restrições subjetiva e objetiva. Quaisquer casados podem dela se beneficiar, assim como a migração de regimes pode ter qualquer direção (da comunhão para a separação; da comunhão parcial para a universal; da separação para a participação final nos aquestos etc.). Nesse caso, a mudança depende do preenchimento de quatro requisitos: a) concordância dos cônjuges; b) autorização judicial; c) motivação pertinente e comprovada; d) preservação dos direitos de terceiros (CC, art. 1.639, § 2º).

Em razão do primeiro requisito, a mudança do regime não pode verificar-se, em nenhuma hipótese, contra a vontade de um dos cônjuges. Provindo o regime de um contrato, apenas por convergência da declaração volitiva dos dois contratantes pode ser mudado. Se um dos cônjuges for interdito e o curador for o outro, não se deve, em princípio, admitir a alteração do regime, porque esse primeiro requisito não poderia ser substancialmente atendido.

O segundo requisito é a autorização judicial. Não permite o direito brasileiro que os cônjuges promovam extrajudicialmente a mudança do regime de bens. Tendo em vista os interesses prestigiados pelo princípio da

imutabilidade, apenas o pronunciamento judicial pode garantir que nenhum dos cônjuges, nem terceiros, estariam sendo prejudicados com a adoção do novo regime. Se o juiz identificar que um dos requerentes não está pleiteando a mudança por sua livre e espontânea vontade, ou que credores podem ter suas garantias reduzidas ou perdidas, não deve deferir o pedido.

O requisito da motivação pertinente e comprovada define-se por exclusão. Não vêm ao caso os motivos que levaram os cônjuges a buscar a mudança do regime de bens. Desde que não esteja nenhum deles sendo pressionado e não haja prejuízo aos credores, o juiz deve atender ao pedido. De qualquer modo, as hipóteses mais corriqueiras são as ligadas ao regime da separação obrigatória por força das causas suspensivas ou da insuficiência da idade. Nesses casos, afastada a circunstância que obrigava a adoção da separação de bens, em querendo os cônjuges adotar regime diverso, devem requerer ao juiz. A simples vontade deles, que antes não pudera manifestar-se livremente, será suficiente para desencadear a mudança.

Pelo derradeiro requisito, é incabível a mudança do regime patrimonial quando puder lesar direitos de terceiros. Se eventualmente for deferida em juízo a alteração, sem que o conhecimento judicial tivesse alcançado, em razão das provas produzidas pelos consortes, a possibilidade do prejuízo a terceiros, perante esses ela não produzirá efeitos.

Em outros termos, o credor continuará a titular a mesma garantia que titulava, de acordo com o regime de bens do casamento do devedor existente à data da constituição da obrigação, como se não tivesse ocorrido mudança.

O princípio é o da imutabilidade do regime de bens do casamento, para que não haja prejuízo ao cônjuge com menor capacidade de gerar dinheiro, nem a terceiros credores.

Há duas exceções. Uma de âmbito bastante particular, que autoriza o naturalizado brasileiro a adotar, mediante concordância do seu cônjuge, o regime de comunhão parcial. Outra, de

âmbito geral, que permite aos casados a alteração de regime em qualquer direção.

Nos dois casos, é indispensável a autorização judicial e a inexistência de prejuízos a terceiros.

A alteração do regime de bens no casamento independe de pacto antenupcial, mesmo que o novo regime não seja o da comunhão parcial (Cahali, 2004:101/111). A segurança jurídica associada ao processo judicial de mudança de regime transcende, em muito, a que poderia advir da escritura pública, tomando essa formalidade dispensável.

Capítulo 58

**DISSOLUÇÃO
DA
SOCIEDADE
E DO
VÍNCULO
CONJUGAL**

1. O FIM DO CASAMENTO

Os noivos, seus familiares, amigos e, em certo sentido, a sociedade nutrem, no dia do casamento, a esperança de que ele dure para sempre. A expectativa generalizada é a de que apenas a morte separará os que se uniram pelos laços matrimoniais. Dados estatísticos, porém, permitem estimar que um em cada quatro casamentos termina em divórcio, isto é, com os cônjuges ainda vivos.

Durante muito tempo, no Brasil, vigorou a regra da indissolubilidade do casamento. Éramos o único país a consagrá-la no plano das normas fundamentais, mediante dispositivo inserto na Carta de 1934, e reproduzido nas de 1937, 1946, 1967 e 1969 (Cahali, 1978:39). Na lei, previa-se o *desquite*, destinado à mera separação de corpos e bens daqueles cujo casamento era motivo de infelicidade, mais que de gozo.

A tecnologia jurídica por vezes discutia a pertinência da regra da indissolubilidade. Clóvis Beviláqua chegou a advogar, por algum tempo, a adoção, pela lei, do divórcio “com a máxima parcimônia”; mas, em função do que considerava ser condições especiais da sociedade brasileira (a saber: respeitabilidade da família, “honestidade das nossas patricias” e costumes do povo), tornou-se árduo

defensor da indissolubilidade do vínculo, postura que defendeu ardentemente durante os debates parlamentares em torno do primeiro Código Civil (1896:284/287). Predominava, entretanto, certo distanciamento, costumando os autores partir do direito positivo sem problematizar em demasia a questão. Eduardo Espínola, por exemplo, ao fim de nota de rodapé dedicada à discussão do tema na doutrina francesa, simplesmente anotou o receio de que, em vista das “uniões irregulares”, a ausência do divórcio mais prejudicasse que auxiliasse a instituição do casamento (1954:459/477).

Até 1977, o Brasil era um dos poucos países em que ainda não existia o divórcio vincular (isto é, dissolvente do vínculo). Além dele, àquela época, consideravam indissolúvel o casamento apenas mais cinco: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia e Espanha (Pereira, 1972:169/170). Naquele ano, no contexto de um amplo debate no seio da sociedade, Nelson Carneiro, parlamentar cuja trajetória política foi construída sobre o tema da modernização do direito de família, conseguiu finalmente a aprovação de emenda constitucional de sua autoria, abolindo a regra da indissolubilidade do casamento.

A Igreja Católica atuou como a principal força social mobilizada na tentativa de evitar a aprovação da emenda Carneiro. O Brasil era, como ainda é, um país predominantemente católico. Como desde o concílio de

Trento, no século XVI, a doutrina católica, fortemente arraigada na cultura dos brasileiros, não admitia senão o divórcio *quoad thorum et mensam* — isto é, a separação de corpos dos cônjuges sem dissolução do vínculo matrimonial —, a aprovação da emenda divorcista não ocorreu ao largo de grandes dificuldades.

Importa atentar ao contexto em que o divórcio foi introduzido no direito brasileiro, porque a força da Igreja Católica e de sua mobilização induziram, em 1977, a solução de compromisso, de que resultou uma disciplina ambígua do instituto. Em outras palavras, a Constituição admitiu o divórcio, mas sem facilitar demasiadamente a dissolução do vínculo. O desquite não deixou de existir. Renomeado de separação, tornou-se uma etapa juridicamente indispensável à completa terminação do vínculo, que só podia ser requerida por quem já estivesse separado há pelo menos dois anos. Não existia o divórcio direto, senão como norma constitucional transitória destinada a atender à situação dos separados de fato há pelo menos cinco anos. Só se podia divorciar uma única vez na vida. Se o divorciado contraísse novas núpcias, o vínculo não podia ser dissolvido por sua iniciativa.

Essa ambiguidade, que marcou a introdução do instituto no direito brasileiro, refletiu-se na ordem positiva em vigor por mais de trinta anos. É verdade que a Constituição de 1988 minorou as dificuldades para a dissolução do vínculo

matrimonial. Mas não as eliminou por completo. Exigia ainda, quando editada, a fase da separação, embora tivesse reduzido para um ano o interregno necessário à conversão em divórcio e tornado, por outro lado, permanente a figura do divórcio direto, condicionando-o à separação de fato por dois anos.

Manifestação dessa ambiguidade no tratamento do instituto também se encontrava, até julho de 2010, no Código Civil que, levado ao pé da letra, não autorizava a separação e o divórcio quando simplesmente um dos cônjuges havia deixado de amar o outro. Quando eu era criança, ouvia os mais velhos dizerem “quando um não quer, dois não se separam”. Essa estranha visão de como devem ser tratadas as relações afetivas entre duas pessoas adultas estava incorporada na lei. Se um dos cônjuges não concordasse em requerer a separação consensual, ao outro o Código Civil abria unicamente as alternativas de deteriorar o relacionamento conjugal a ponto de surgir algum motivo para a ruptura litigiosa ou separar-se de fato por pelo menos dois anos, para ter direito ao divórcio direto.

Era a maneira mais estúpida que posso imaginar de tratar assunto tão delicado. A vida em comum pode estar longe de ser *insuportável*, porque há respeito e assistência mútua entre os cônjuges e cada um cumpre satisfatoriamente a sua parte na organização do cotidiano. Mas, mesmo sendo plenamente suportáveis a convivência e a coabitação, pode

ocorrer de um dos consortes não amar mais o outro e querer se desligar do vínculo para ter a oportunidade de vivenciar livre e honestamente novas relações amorosas. Não ignorasse a jurisprudência a anacrônica limitação daquelas hipóteses legais de separação, essa pessoa estaria obrigada a continuar casada até que a vida em comum se tornasse insuportável. Isso era um completo disparate. A procurar evitar a completa deterioração do relacionamento e preservar o que ele ainda tem de saudável, para o bem da família e, principalmente, dos filhos, o Código Civil parecia preferir a punição dos casados que decidem, a certa altura da vida, buscar novo casamento. A ambiguidade, então, se manifestava: a separação (quando ainda existia), tal como disciplinada na lei brasileira, martirizava, em vez de facilitar, a vida dos que queriam terminar o casamento.

Em julho de 2010, o direito de família brasileiro passou por uma profunda e salutar transformação, com a promulgação da EC n. 66. A partir de então, a dissolução do casamento pelo divórcio não ficou mais dependendo de prévia separação judicial por mais de um ano ou de separação de fato há mais de dois. O alcance desta emenda constitucional foi bastante amplo. Ela não somente eliminou a figura da separação como primeira fase necessária na dissolução do casamento, mas superou, por completo, a ambiguidade que cercava o instituto desde 1977. Como ficaram incompatíveis com a Constituição todos os

dispositivos do Código Civil referentes à separação, em razão da hierarquia das normas constitucionais, expurgou-se da ordem positiva a disciplina da matéria que condicionava o desfazimento da sociedade conjugal sempre à insuportabilidade da vida em comum. Desde a promulgação da EC n. 66/2010, o casamento pode ser dissolvido por divórcio, independentemente de qualquer condição. Vale dizer, a qualquer tempo, mesmo que tenham se casado há dias, semanas ou poucos meses, os cônjuges podem pôr fim ao vínculo matrimonial, divorciando-se por mútuo acordo ou litigiosamente. Não havendo consenso, qualquer um deles pode pedir o divórcio ao juiz, fundamentando o pedido no descumprimento de dever conjugal pelo demandado ou, senão, na mera vontade de pôr fim ao casamento. Não se trata, propriamente, de nenhuma grande inovação do direito brasileiro. Em outros lugares, como na maioria dos estados dos Estados Unidos, por exemplo, o rompimento unilateral do vínculo marital independentemente de culpa do outro cônjuge sempre foi generalizadamente admitido (Scott-Scott, 1999:204).

Até 1977, o Brasil era o único país do mundo a adotar, na

Constituição, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial. O prestígio desfrutado por esse princípio devia-se, em grande parte, à forte penetração do Catolicismo na sociedade brasileira. Naquele ano, em meio a intenso debate, aprovou-se emenda constitucional introduzindo o divórcio. A ordem jurídica somente conseguiu livrar-se de certa ambiguidade no trato do tema com a Emenda Constitucional n. 66, de julho de 2010.

Como visto anteriormente, o que eterniza o casamento, na maioria das vezes, não é o amor ou a gratificação sexual, mas a adequada repartição das tarefas do cotidiano. Isso não significa, porém, que a carência de amor ou de sexo gratificante seja sempre desconsiderada na hora de se decidir não continuar casado com determinada pessoa. Não há contradição entre as afirmações: uma descreve o ingrediente de preservação da *maioria* dos casamentos que se perpetuam; outra diz acerca dos motivos que podem ser levados em conta *em alguns* dos que se desfazem.

No estudo da dissolução do casamento, após examinar os aspectos particulares do divórcio (item 2) e de sua repercussão nas questões da proteção da pessoa dos filhos (item 3), partilha de bens (item 4) e eventualmente no nome dos cônjuges (item 5), faço, ainda, referência à antiga figura da separação, com objetivos meramente didáticos (item 6).

Registro, por fim, que o divórcio não é a única via de dissolução da sociedade conjugal. Ela termina também com a nulidade ou anulação do casamento (Cap. 56, item 7) e a morte dos cônjuges ou de um deles (CC, art. 1.571). No caso de morte presumida, em vista da ausência de um dos consortes, o vínculo conjugal é desfeito, podendo o cônjuge sobrevivente casar-se novamente como se viúvo fosse (art. 1.571, § 1º).

2. O DIVÓRCIO

O divórcio é o meio de dissolução do casamento *válido* enquanto vivos os dois cônjuges. No passado, a interferência do Estado neste assunto era significativa, e a ordem jurídica, em razão de valores arcaicos sobre a família, impedia, por meio de condições temporais e formais, a livre manifestação da vontade de qualquer dos cônjuges de se desligar do vínculo matrimonial. No direito brasileiro da atualidade, esta interferência está limitada ao essencial, vale dizer, à preocupação com os filhos. Se não há filhos menores ou incapazes, os cônjuges podem se divorciar a qualquer tempo por mera declaração de vontade formalizada por escritura pública. Mesmo no caso de divórcio litigioso, não é mais necessário ter-se verificado qualquer motivo objetivo (descumprimento de dever conjugal, insuportabilidade da vida em comum, doença etc.), bastando a mera vontade de um dos cônjuges de não continuar casado.

Como já se disse antes, quando eu era pequeno, ouvia os mais velhos dizerem “quando um não quer, dois não se separam”. Isto, de certa forma, estava incorporado no direito de família brasileiro até a revolucionária EC n. 66/2010. Desde então, podemos felizmente afirmar que, no Brasil, “quando um não quer, dois não continuam casados”.

A pessoa divorciada readquire o direito de se casar novamente. Se tiver sido feita a partilha dos bens no divórcio, poderá adotar, nas novas núpcias, qualquer regime. Fica, porém, obrigada a contraí-las no regime de

separação absoluta, enquanto não tiver sido feita a partilha dos bens do casamento dissolvido (CC, art. 1.523, III).

Quanto à espécie, o divórcio pode ser amigável ou litigioso (item 2.1); quanto à forma, pode ser judicial ou extrajudicial (item 2.2).

2.1. Espécies de divórcio

São duas as espécies de divórcio: amigável ou litigioso.

Na primeira espécie, os cônjuges concordam que não é mais o caso de continuarem casados. Ainda que cada um deles tenha motivos próprios e, não raro, atribua ao outro a culpa pelo fim da experiência conjugal, partilham pelo menos uma opinião a respeito do relacionamento — não convém mais insistir nele. Esta é uma condição necessária, mas não suficiente. Para que o divórcio seja amigável, os cônjuges devem ainda chegar a acordo sobre filhos e nome. Sem que os dois concordem inteiramente a respeito da guarda dos filhos menores e a conservação ou mudança do nome de casados, o divórcio amigável não tem lugar. Em relação à partilha de bens, como é possível postergá-la a momento ulterior, o divórcio amigável pode se realizar mesmo sem acordo absoluto nesta questão, mas o consenso deve ser alcançado relativamente às demais (término do vínculo, filhos e nome). Os divorciados podem, a qualquer momento, contratar a partilha dos bens extrajudicialmente (por instrumento privado ou escritura pública, a depender da

espécie de bem). Não chegando a acordo, qualquer um deles pode propor a ação judicial de partilha.

O divórcio amigável depende de dois requisitos.

Primeiro, o mútuo consentimento, vale dizer, a convergência de vontade dos dois cônjuges no sentido de que o melhor para eles e para a família é o afastamento, mediante a dissolução do vínculo conjugal. Havendo filhos menores ou incapazes, essa vontade deve ser manifestada perante o juiz, que, pela lei processual, deve ouvir cada um dos cônjuges em separado e, em seguida, o casal. Assim como a vontade para casar, a de separar deve ser livre e espontânea. O juiz deve ficar convencido de que nenhum dos consortes está sendo obrigado, por ameaça física ou meios morais, a se divorciar. Havendo a menor dúvida a respeito da liberdade e espontaneidade da declaração, a homologação judicial não pode ser concedida. Se o casal não tiver filhos menores ou incapazes, o mútuo consentimento *pode* ser expresso perante o notário, que o registrará em escritura pública. Também nesse caso, deve ser livre e espontânea a vontade de pôr fim à sociedade conjugal, devendo o escrivão recusar-se a lavrar o ato se tiver razões para crer que este requisito não está atendido.

Segundo, o atendimento à formalidade legal, que pode ser a escritura pública (se não houver filhos menores ou incapazes) ou a sentença judicial. Em qualquer caso, uma ou outra formalidade é indispensável ao registro do divórcio no

Registro Civil.

Não é requisito do divórcio, nem mesmo do amigável, o transcurso de qualquer prazo mínimo do casamento. Mesmo sendo inevitáveis os ajustes a que estão jungidos os casados no começo de qualquer relacionamento matrimonial, em função dos quais se manifestam dissentimentos e ressentimentos, a disciplina constitucional da dissolução do vínculo não a condicionou a nenhum lapso temporal. Transcorrido o tempo que for (dias, semanas, meses), considera a Constituição, a partir de julho de 2010, que cada cônjuge é suficientemente capaz de saber se o amadurecimento de sua percepção acerca da experiência que está vivenciando lhe permite formular a vontade de nela não prosseguir.

O divórcio amigável processa-se por declaração convergente dos cônjuges, manifestada perante o juiz ou, se não tiverem filhos menores ou incapazes, por escritura pública, independentemente do tempo de duração do casamento.

A menos que haja no acordo de divórcio cláusula prejudicial aos interesses de um dos cônjuges ou dos filhos, o juiz deve homologá-lo.

A outra espécie de divórcio é o litigioso.

O divórcio é litigioso, em primeiro lugar, quando um dos

dois não quer terminar o casamento. Não é necessário que o autor impute ao réu, na ação de divórcio, o descumprimento de qualquer dever matrimonial; basta que manifeste sua vontade de se divorciar. Evidentemente, se houve descumprimento, e o autor da ação de divórcio quer a condenação do outro cônjuge, pode fundamentar o pedido neste fato, mas é dispensável alegar ou provar qualquer fato além da mera vontade de pôr fim ao vínculo matrimonial.

Reconhecida a culpa de um dos cônjuges na ação de divórcio, a ele são impostas três sanções.

A primeira tem natureza processual. Falo da condenação nas verbas de sucumbência do processo, tais como os honorários do advogado do outro cônjuge e as custas judiciais. É a única punição que sempre sofrerá o cônjuge culpado independentemente de qualquer circunstância. Muitas vezes, o litígio se prolonga apenas em função da mesquinha das duas partes relativamente ao pagamento dessas verbas.

A segunda sanção, derivada do reconhecimento judicial da culpa pelo fim do vínculo conjugal, aplica-se apenas se o culpado tiver adotado o sobrenome do outro cônjuge ao se casar. De modo geral, se o consorte inocente requerer a mudança e ela não trouxer prejuízos aos interesses do culpado, este último perderá o direito de conservar o nome de casado. Por evidente, se nenhum dos cônjuges mudou seu nome ao contrair núpcias, a imputação de culpa pela

separação a qualquer um deles não terá nenhuma implicação (item 5).

Por fim, a derradeira sanção está ligada aos alimentos. O cônjuge condenado pelo fim do casamento, se não dispuser de recursos para se manter, terá direito somente aos alimentos mínimos, isto é, unicamente os indispensáveis à subsistência. Tendo, contudo, ambos os cônjuges renda suficiente para manter uma vida de bom padrão, será indiferente se a dissolução da sociedade conjugal deveu-se à culpa de um deles (Cap. 61, subitem 1.4).

Pode ser litigioso, também, o divórcio no caso em que os cônjuges concordam em dissolver o vínculo matrimonial, mas não conseguem alcançar acordo completo relativamente a bens, filhos e nome. Exemplos: a mulher quer a guarda unilateral dos filhos, mas o marido deseja a compartilhada; ou os dois disputam quem vai ficar com a casa da praia; ou, ainda, ele quer que ela deixe de usar o seu sobrenome, mas ela resiste. Aqui, o processo judicial de divórcio terá por objeto a superação do conflito de interesses sobre a questão ou as questões não acordadas.

O divórcio é litigioso em dois casos: se um dos cônjuges não

tem vontade de se divorciar ou se não há acordo completo sobre as questões envolvidas no fim do casamento (filhos menores, nome e bens).

No primeiro, abrem-se ao autor da ação duas alternativas: alegar apenas sua simples vontade de se divorciar ou imputar ao outro cônjuge a culpa pelo fim do casamento. Nesta última, se realmente restar provado que um dos cônjuges foi culpado pelo divórcio, ele expõe-se às seguintes sanções: pagamento da sucumbência, perda do direito de usar o nome de casado e direito

apenas aos alimentos mínimos.

Na maioria das vezes, o divórcio que começa litigioso termina amigável. O desgaste emocional é muito grande, porque, mesmo se alegando a mera vontade de descasar, pode vir à tona discussão sobre detalhes negativos da vida íntima do casal. No meio do caminho, as partes exauridas acabam se entendendo, muito em função dos aconselhamentos do juiz e dos advogados. Percebem ser mais saudável a todos o acordo, tendo em vista que a sobrevivência do casamento, depois de um deles ter entrado com a ação judicial pleiteando seu fim, está irremediavelmente comprometida.

2.2. Formas do divórcio

Ainda que todo divórcio litigioso seja judicial, nem todo divórcio judicial é necessariamente litigioso.

Por vezes, os cônjuges estão de acordo sobre todas as questões pertinentes ao fim do casamento, mas, ainda assim, só podem se divorciar em juízo, por meio de ação de divórcio amigável. A lei só autoriza o divórcio amigável extrajudicial, feito mediante escritura pública, no caso de não existirem filhos menores ou incapazes e estarem os cônjuges assistidos por advogado, ainda que comum (CPC, art. 1.124-

A). Mesmo assim, convém anotar que se trata de uma opção dos cônjuges. Independentemente dos motivos, mesmo podendo se divorciar extrajudicialmente, eles têm o direito de pleitear a desconstituição do vínculo matrimonial em juízo. O divórcio judicial pode ser proposto a pedido dos cônjuges (se amigável), de um deles somente (se litigioso), ou do curador, ascendente ou irmão do cônjuge incapaz (CC, art. 1.582).

Sendo obrigatório o divórcio judicial, ou tendo os interessados optado por esta via, o juiz, se considerar que o acordo de separação não preserva suficientemente os interesses dos filhos menores ou de um dos cônjuges, pode denegar a homologação. Imagine que o acordo estabeleça a completa desoneração de um dos cônjuges do encargo de sustentar a prole comum. Essa cláusula pode ter sido forçada pelo consorte exonerado como condição para consentir com a separação amigável. Havendo elementos que indiquem o despropósito da composição — os dois têm rendimentos semelhantes ou o que ganha mais é o dispensado de contribuição —, o juiz não só pode, como até mesmo deve indeferir a homologação, para evitar que do casamento um dos cônjuges saia prejudicado. Ele tem, contudo, o dever de fundamentar especificamente a denegação, consignando na sentença qual ou quais pontos do acordo de divórcio considera inapropriados. Desse modo, os cônjuges podem alterá-lo, visando obter a

homologação judicial.

No divórcio judicial amigável, não pode o juiz alterar o conteúdo do acordo a que chegaram os cônjuges. Ou simplesmente o homologa ou denega a homologação, explicitando por que tem determinadas cláusulas por indevidas.

O divórcio pode ser amigável ou litigioso. Será amigável se os cônjuges concordam quanto ao fim do vínculo, à guarda de filhos menores e ao nome (a partilha de bens pode ser postergada). Se não concordarem com pelo menos um destes pontos, o divórcio será litigioso.

De outro lado, o divórcio pode ser judicial ou extrajudicial.

Sendo amigável, só poderá ser extrajudicial se o casal não tiver filhos menores ou incapazes. Havendo ou sendo o caso de litígio, o divórcio deve ser feito por ação judicial.

Antes da ação de divórcio, pode ser intentada a separação judicial de corpos, normalmente com pleito de medida liminar. Trata-se de medida cautelar cada vez mais rara, destinada a formalizar a inexistência de culpa do consorte que deixou o lar. Se um dos cônjuges, por exemplo, é vítima de maus-tratos infligidos pelo outro, precisa proteger-se afastando-se fisicamente do domicílio conjugal, mas não quer correr o risco de ser considerado o culpado pela separação — para não perder o direito aos alimentos compatíveis com sua condição social ou ao uso do nome de casado —, a medida de separação de corpos preserva seus interesses. Não sendo essa a situação, dispensa-se a ação cautelar porque, como visto, o fim da coabitação não importa necessariamente o abandono do lar.

3. A GUARDA DOS FILHOS

As relações familiares horizontal e vertical são independentes. Uma não interfere, ou melhor, não pode interferir na outra. Se deixa de existir entre o pai e a mãe a relação de conjugalidade (horizontal), isso em nada afeta o vínculo de ascendência e descendência que os liga aos filhos (vertical).

O fim da sociedade ou do vínculo conjugal, portanto, não implica nenhuma alteração nos deveres e direitos que os pais têm em relação aos filhos. A lei o afirma de modo explícito relativamente ao divórcio (CC, art. 1.579), mas também em outros casos de dissolução da sociedade conjugal — assim a viuvez e a invalidação do casamento — a regra é igual.

Tampouco o novo casamento do pai ou da mãe pode interferir nos deveres e direitos que têm em relação à filiação. Ademais, quem casa com alguém que tem filho deve recebê-lo e tratá-lo como se fosse seu. E quem tem filhos de casamento anterior, ao contrair novas núpcias, pode exigir do consorte que devote a eles a mesma atenção e cuidados esperados de um pai ou de uma mãe.

A maior preocupação do casal, do juiz e da própria sociedade, quando o vínculo conjugal se desfaz, volta-se para os filhos menores. Eles são os emocionalmente mais vulneráveis aos percalços do processo de divórcio. Envoltos pelas dificuldades inerentes à superação do

complexo de Édipo, meninos e meninas fantasiam muitas vezes que têm a inteira culpa pelo desfazimento do vínculo matrimonial dos pais. Por instinto natural, por outro lado, têm a percepção de que dependem do amparo paterno e materno para o seu desenvolvimento e temem acerca de seu próprio bem-estar. Ficam inseguros com o divórcio e, mais que nunca, precisam de atenção e consideração. Para bem cumprir suas obrigações de pais, os que se divorciam devem ser sensíveis ao extremo com as nuances da situação a que a dissolução da sociedade conjugal leva os seus filhos menores. Mesmo se são já adolescentes, a sensibilidade dos pais não pode ser menor. O divórcio costuma ser estressante para toda a família.

Na ordem positiva, a preocupação com a pessoa dos filhos menores (extensiva aos maiores incapazes — CC, art. 1.590) diz respeito fundamentalmente com a *guarda*. Trata-se de um direito titulado pelos pais associado a um complexo de deveres, um poder-dever. O titular da guarda fica com o filho sob seus cuidados diretos, convive com ele, acompanha-lhe o crescimento, ajuda nos desafios do cotidiano — isso tudo não se consegue definir exatamente se é encargo ou gratificação.

A guarda, uma das manifestações do poder familiar (CC, art. 1.634, II, *in fine*), pode ser unilateral ou compartilhada (art. 1.583).

Na guarda unilateral (antigamente, denominada

“partilhada”), o filho fica com um dos pais, enquanto ao outro se concede o direito de visitas (CC, art. 1.589) e o dever de supervisionar os interesses do filho (art. 1.583, § 3º). Nessa espécie, o filho mora com o ascendente titular da guarda, que tem o dever de administrar-lhe a vida cotidiana, levando-o à escola, ao médico e às atividades sociais, providenciando alimentação e vestuário. Ao outro cabe conviver com o filho em períodos, de duração variada (algumas horas ou dias), previamente estabelecidos de comum acordo com o titular da guarda. Nessas oportunidades, chamadas legalmente de *visitas*, o ascendente que não tem a guarda pega o filho em casa, leva-o a passeios ou eventos familiares, tem-no em sua convivência, e o devolve no horário aprazado. Durante a visita, o pai ou a mãe que não titula a guarda responde pela saúde, física e mental, e bem-estar do menor.

Nota-se que o direito de visita tem sido reconhecido também a outros parentes, assim os avós e tios; e até mesmo a quem, a despeito da inexistência de qualquer vínculo familiar com os pais ou filhos, nutre com esses uma intensa relação de afeto, como os padrinhos e madrinhas (Bittencourt, 2003:208/214). No divórcio em que a guarda é unilateral, cabe também definir, portanto, os momentos em que os demais titulares do direito de visita poderão conviver com os filhos menores dos divorciandos. A hipótese usual é a de disciplina do direito de visita dos avós paternos,

quando a guarda fica com a mãe; ou dos maternos, se ela fica com o pai.

A atribuição da guarda a um dos genitores, em nada altera a extensão do poder familiar no que diz respeito aos demais direitos e deveres. Mesmo o pai ou a mãe que não titula a guarda continua a participar do poder familiar. Se o filho não vai bem na escola, a responsabilidade por encaminhar uma solução não cabe exclusivamente ao titular da guarda, mas a ambos os pais. Se o menor precisa de aconselhamento, cuidados médicos, diversão ou atenção e carinho, não se pode omitir o pai ou a mãe que não titula a guarda, sob pretexto de dela estar excluído.

Na guarda compartilhada (ou *conjunta*), os dois pais continuam a titularizá-la, mesmo após o desfazimento da sociedade conjugal. Nessa alternativa, o filho tem duas residências, uma com o pai, outra com a mãe. Nenhum deles tem, propriamente, direito de visitas, mas, para o bem-estar do menor, é indispensável que seja combinado, de antemão, os momentos de convivência com cada um dos ascendentes. Quanto maior a criança ou adolescente, mais apropriada se mostra essa espécie de guarda. Sua eficiência, contudo, depende de elevado grau de cooperação entre os pais divorciados, de sua maturidade em colocar os interesses do filho acima dos deles (cf. Leite, 1997:257/286; Tepedino, 2004:309).

A espécie de guarda a ser adotada, se unilateral ou

compartilhada, deve ser objeto de acordo entre os pais. Não alcançado acordo, o juiz deve determinar o compartilhamento da guarda, a menos que essa alternativa não se mostre possível em vista do exageradamente baixo grau de cooperação entre os pais.

A guarda dos filhos menores (e dos maiores incapazes) pode ser unilateral ou compartilhada.

Na guarda unilateral, um dos pais a titula, ficando o outro com o direito de visitas.

Na guarda compartilhada, os dois genitores continuam a titularizá-la, mesmo depois da dissolução do vínculo conjugal.

Deve ser adotada, sempre que possível, a guarda compartilhada se os cônjuges não chegarem a acordo sobre o tema.

Além da guarda unilateral e da compartilhada previstas em lei, deve-se fazer menção também à guarda *alternada*, que corresponde à atribuição periódica da guarda a cada pai. Neste semestre ou ano, por exemplo, o filho fica com a mãe, e o pai tem o direito de visita; no próximo, inverte-se, e ele fica com o pai, e a mãe o visita nos horários e dias previamente definidos. Esta espécie de guarda nem sempre se tem revelado uma alternativa adequada para o menor, cuja vida fica cercada de instabilidade. Não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que, por exemplo, os pais residem em cidades distantes ou mesmo em diferentes países.

No divórcio consensual, a guarda dos filhos menores é uma das cláusulas do acordo a que chegam os cônjuges. Neste caso, como visto, o divórcio é necessariamente judicial. O juiz deve verificar se a composição feita pelo casal corresponde à melhor para a criança ou adolescente. Se considerar que ela não é recomendável naquele caso em particular ou teria resultado de pressão indevida de um dos cônjuges sobre o outro, não deve homologar o acordo. Estando, contudo, suficientemente preservados os direitos dos filhos e cônjuges, prevalecerá a vontade convergente desses últimos, expressa no acordo de divórcio.

Se litigam os cônjuges sobre a guarda, e não se mostra viável o compartilhamento, o juiz deve atribuí-la àquele que revelar ter melhores condições para o seu exercício (CC, art.

1.583, § 2º). Se perceber, por exemplo, que o pai é muito mais maduro que a mãe, que ele revela estar mais preocupado com os filhos do que ela, o juiz deve dar-lhe a guarda em disputa; notando, ao revés, ter sido a mãe o mais presente dos cônjuges na vida dos filhos até então, que os conhece muito mais do que o pai, convém atribuir a guarda a ela. Não havendo, porém, nenhuma diferença acentuada entre os pais, e mostrando-se ambos igualmente aptos a exercer a guarda, deve o juiz, como visto, concedê-la aos dois conjuntamente. Em qualquer caso, o juiz pode ouvir o menor, para conhecer sua vontade, antes de decidir sobre a questão da guarda.

A concepção, que por muito tempo vagou pelos feitos de separação e divórcio, de que a mãe estaria naturalmente inclinada a exercer melhor a guarda dos filhos do que o pai, é puro machismo. Não existe essa inclinação natural. Sua difusão atendia mais à necessidade de explicar o confortável distanciamento dos pais como uma exigência da natureza humana, do que aos interesses dos filhos. Homens e mulheres estão igualmente aptos a cuidar da descendência. Apenas nos primeiros meses de vida do filho, enquanto é amamentado, pode-se cogitar da maior importância da presença materna. Na espécie humana, em vista do atual estágio de evolução, uma vez desmamado o rebento, qualquer um dos ascendentes pode cuidar dele de modo satisfatório. O melhor, evidentemente, é que o menor tenha

os cuidados tanto do pai como da mãe, estejam casados ou não. A necessidade psicológica de ter pai e mãe, o filho atenderá como a espécie tem atendido desde tempos imemoriais, substituindo o ausente por alguém próximo que lhe faça as vezes (marido da mãe ou esposa do pai, avô ou avó, tio ou tia, irmã ou irmão mais velho etc.). Das necessidades morais, materiais, físicas, educacionais e sociais, contudo, o pai ou a mãe pode sozinho dar conta.

O cônjuge que ficar com a guarda, unilateral ou compartilhadamente, pode perdê-la, a qualquer momento, se comprovado que a convivência é perniciosa à formação do menor. Por essa mesma razão, o juiz pode transformar a guarda conjunta em individual, deferindo-a, por óbvio, ao outro cônjuge. Não é motivo para a perda da guarda o novo casamento do pai ou da mãe que a titula (CC, art. 1.588).

Em casos excepcionalíssimos, constatando o juiz que nem pai nem mãe estão em condições de titular a guarda, poderá deferi-la a família substituta (CC, art. 1.584, § 5º; ECA, arts. 28 a 32).

4. PARTILHA DE BENS

Termina o regime de bens do casamento, qualquer que seja ele, no momento da cessação da vida em comum. Quando tem início a separação de fato do casal, deixa de existir a conjugação de esforços que justifica a comunhão familiar. Não é, portanto, a decretação judicial do divórcio ou

a homologação da partilha que determina o fim do regime de bens (Gonçalves, 2005:393).

A jurisprudência reconhece, nesse contexto, que sobre os bens adquiridos por pessoa separada de fato não cabe ao outro cônjuge nenhuma meação, principalmente se o adquirente contou com a contribuição do esforço do companheiro ou companheira, com quem passou a conviver numa união estável (Coltro-Teixeira-Mafra, 2005:418/420).

Em outros termos, os bens que cada cônjuge adquire, a partir da separação de fato do casal, não se comunicam, porque os efeitos do regime de comunhão, universal ou parcial, bem assim o da participação final nos aquestos, deixam de se projetar. Não há mais como pretender que, separado de fato, o outro cônjuge continue a colaborar, de modo direto ou indireto, para o acréscimo patrimonial. Com a separação de fato, ademais, os bens comunicados passam a ser administrados em condomínio pelos cônjuges (cf. Cahali, 1978:144). Cessa, assim, a incidência das normas de comunhão do direito de família e passam a incidir as do condomínio geral, do direito das coisas (CC, arts. 1.314 a 1.326).

Em geral, no divórcio judicial, a partilha dos bens é feita mediante proposta dos cônjuges e homologação do juiz. Se os cônjuges não conseguem formular qualquer proposta, por não terem chegado a completo acordo sobre o tema, o juiz decide o conflito de interesses, dividindo os bens ou

determinando sua venda para repartição do dinheiro. Assim, no divórcio amigável, os cônjuges normalmente submetem ao juiz, junto com o pedido de dissolução do vínculo, o plano de partilha dos bens comuns. Trata-se de uma das cláusulas do acordo de divórcio, que, se não contiver nenhuma estipulação contrária aos interesses dos cônjuges ou dos filhos, será judicialmente homologada. Já no divórcio litigioso, em divergindo as partes sobre a questão patrimonial, cada uma aduz suas pretensões, e o juiz, ao sentenciar, decide como será feita a partilha dos bens.

Se o casal não tiver filhos menores ou incapazes e optar pelo divórcio mediante escritura pública, a partilha dos bens será, em princípio, uma das cláusulas desse instrumento (CPC, art. 1.124-A).

Quando judicial, o divórcio pode ser concedido independentemente de partilha dos bens comuns ou de alguns deles. Mesmo se litigioso, a pedido de ambos os litigantes, pode-se postergar a divisão de um ou de todos os bens comuns. Do mesmo modo, formalizado por escritura pública, o divórcio amigável pode ser feito independentemente de partilha dos bens comuns, ou de parte deles, se assim for interessante aos ex-cônjuges. A lei é clara ao admitir a concessão do divórcio independentemente da partilha (CC, art. 1.581), exigindo apenas, como já mencionado, a adoção do regime da separação absoluta em eventual novo casamento dos

divorciados enquanto ela não for homologada em juízo (art. 1.523, III).

A partilha, que pode ser feita, como se nota, muitos anos depois do fim da sociedade e do vínculo conjugais, deve retratar sempre a situação patrimonial dos consortes na data em que teve início a separação de fato, ou seja, do fim da colaboração ao aumento do patrimônio de cada cônjuge que a vida conjugal pode proporcionar.

Os bens comuns do casal devem ser partilhados, de acordo com a situação patrimonial dos cônjuges na data em que teve fim a colaboração da vida conjugal para o incremento dos seus patrimônios, isto é, a da separação de fato.

Observar-se-á, na partilha, o regime de bens adotado para o casamento desfeito, dividindo-se os que, por força dele, se comunicaram do patrimônio de qualquer um dos cônjuges para o do outro (Cap. 57).

5. O NOME DOS CÔNJUGES

Como visto anteriormente, um dos efeitos do casamento é a possível adoção, pelos dois cônjuges ou por um deles somente, do sobrenome do outro consorte (Cap. 56, item 5). Quando não se altera o nome com o casamento, o fim da sociedade e do vínculo conjugal não acarreta nenhuma implicação relativamente à identificação dos cônjuges. Eles simplesmente continuam a adotar o nome que sempre tiveram. O divórcio tampouco abre a oportunidade de mudança do nome, nesse caso.

Tendo havido, porém, com o casamento, a alteração do nome de pelo menos um cônjuge, a dissolução da sociedade conjugal pode levar a nova mudança, com a volta ao nome usado anteriormente. O retorno ao nome anterior pode ser obrigatório ou voluntário. No primeiro modo, decorre da perda do direito ao uso do sobrenome tomado do outro; no segundo, de livre opção do cônjuge.

O retorno é sempre integral. Não se admite que o cônjuge divorciado conserve parte do sobrenome tomado de empréstimo. A alternativa de que dispõe é apenas a de continuar usando o nome de casado ou reassumir

exatamente o que tinha antes daquele casamento. Ou seja, se era solteiro, o patronímico de família, tal como composto pelos seus pais no registro de nascimento; se viúvo ou divorciado, o sobrenome que possuía antes de contrair as novas núpcias.

Retorno obrigatório ao nome anterior. No divórcio litigioso, são duas as condições para a condenação da perda do nome de casado por um dos cônjuges.

A primeira diz respeito à iniciativa do cônjuge inocente, portador originário do sobrenome em disputa. Sem o pedido expresso dele, no sentido de o juiz impor ao outro consorte a específica sanção da perda do direito ao uso do sobrenome, formulado desde logo na petição inicial da ação ou reconvenção, não há como o culpado ser obrigado, contra sua vontade, a voltar a usar seu nome anterior.

A segunda condição para a aplicação da pena de perda do nome de casado relaciona-se com a inexistência de prejuízo para o cônjuge culpado. A despeito de sua culpa, conservará ele o direito de manter o nome de casado se a alteração lhe trouxer prejuízo à identificação. Assim, se o cônjuge culpado ficou conhecido em seu meio profissional pelo nome de casado, não há base legal para imposição da pena de perdimento do direito de continuar a usá-lo. Afamada atriz, escritora, consultora financeira ou qualquer outra mulher que tenha construído sua imagem de profissional competente associada ao nome composto pelo

patronímico do marido titula o direito de, querendo, continuar a adotá-lo, ainda que tenha sido a única culpada pelo divórcio.

Cabe, também, considerar a situação do cônjuge cujo sobrenome ficará muito diferente do dos filhos, se acaso tiver de alterá-lo. É a hipótese em que se admite a *substituição* do sobrenome da família originária pelo do cônjuge. Se retornar aquele que alterou o nome a usar o que possuía antes do casamento, claramente haverá manifesta distinção com o sobrenome dos filhos. Também aqui, mesmo o ex-cônjuge culpado titula o direito de conservar o nome de casado.

Por fim, há a hipótese de grave dano que poderia advir do retorno ao nome usado antes do casamento. Imagine que pessoa com nome muito comum, ao se casar e acrescer ao seu o sobrenome do cônjuge, consegue finalmente livrar-se dos incômodos da homonímia. Obrigá-la a retornar ao nome anterior implicaria expô-la aos percalços que os homônimos normalmente enfrentam, tanto no âmbito civil, na hora da obtenção de crédito, locação de imóvel e prática dos atos em geral, como até mesmo no criminal, em que, por vezes, têm de provar não ser o criminoso procurado pela polícia. Tanto no da homonímia como em qualquer outro caso de dano grave derivado do retorno ao nome usado antes do casamento desfeito, o cônjuge titula o direito de conservar o de casado, mesmo que tenha sido o único culpado pelo divórcio.

O cônjuge que mudou o nome com o casamento é livre para retornar ao anterior ou manter o de casado.

Se, porém, tiver sido o culpado pelo divórcio, poderá perder o direito de usar o sobrenome do cônjuge inocente, a pedido deste, a menos que a alteração lhe traga prejuízos ou importe manifesta distinção com o sobrenome dos filhos.

Retorno facultativo ao nome anterior. O cônjuge

sempre tem o direito de retornar ao nome que adotava anteriormente ao casamento. Tenha sido culpado ou inocente no divórcio, tenha este sido litigioso ou amigável, a alternativa de descartar o sobrenome do consorte de quem agora se está desligando ficará sempre ao alcance daquele que, ao contrair o matrimônio, considerou pertinente transformar o nome pelo qual se identificava.

Afora a hipótese de retorno obrigatório, é invariavelmente da exclusiva alçada do cônjuge interessado decidir se conserva o nome de casado ou se volta a adotar o que tinha antes do casamento. O titular do sobrenome tomado de empréstimo não pode opor-se à decisão tomada pelo outro cônjuge, qualquer que seja ela. Se o marido acresceu ao seu um dos sobrenomes da mulher e, no divórcio amigável, manifesta a intenção de continuar a usá-lo, são irrelevantes os motivos que a determinam. A esposa não pode impedi-lo de permanecer com o nome de casado. Do mesmo modo, se a mulher havia agregado ao seu nome o patronímico do marido, e tem o firme propósito de extirpá-lo de sua identificação, não há meio de esse último forçá-la a continuar o uso.

A decisão de retorno ao nome anterior não precisa ser igual para os dois cônjuges. Se ambos misturaram os respectivos sobrenomes, ao se casarem, pode cada um, no divórcio, optar pela solução de que mais goste. Não é porque um decidiu voltar ao nome anterior, que o outro

também deverá fazê-lo.

O cônjuge não será nunca obrigado a manter o nome de casado, nem mesmo se o retorno ao anterior patronímico acarretar distinção manifesta com o sobrenome dos filhos ou puder de algum modo prejudicá-lo. A cada qual compete sopesar e identificar, livremente e segundo seus próprios e exclusivos critérios, as vantagens e desvantagens das opções que tem à frente.

O momento apropriado para a definição quanto ao nome é, em princípio, o do divórcio. Quando é amigável, a manutenção ou retorno do nome deve constar de uma das cláusulas do acordo. Omissa essa, entende-se que os cônjuges optaram por voltar a usar seus nomes anteriores. A omissão no acordo de divórcio corresponde ao não exercício do direito de conservação do nome de casado. Em outros termos, presume-se que os consortes decidiram retornar ao nome anterior ao do casamento, porque não exerceram explicitamente a opção de conservar o de casado (Gonçalves, 2005:236).

Em se tratando do exercício da faculdade pelo cônjuge inocente no divórcio litigioso, sua decisão poderá ser adotada a qualquer tempo. Vindo a se casar de novo ou simplesmente querendo, no futuro, apagar todas as pistas da relação matrimonial desfeita, poderá renunciar ao sobrenome que havia emprestado do antigo cônjuge.

6. A ANTIGA FIGURA DA SEPARAÇÃO

Devemos considerar três situações distintas, advindas da promulgação da EC n. 66/2010, que eliminou a separação judicial ou de fato durante certo lapso de tempo como condições do divórcio.

Primeira: a emenda suprimiu a vigência dos dispositivos do Código Civil que dispunham sobre a separação e se tornaram incompatíveis com a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição. Deste modo, não vigoram mais, desde julho de 2010, em razão da superveniente incompatibilidade com norma hierarquicamente superior, o inciso III do art. 1.571 e os arts. 1.572 a 1.576 e 1.578 a 1.580 do Código Civil.

Segunda: há disposições legais compatíveis com a inovação introduzida pela emenda e que se referem aos separados, disciplinando certos direitos ou relações. Estas normas permanecem em vigor como transitórias, aplicadas enquanto houver pessoas no estado civil de separados que não se divorciaram. O art. 1.577 é exemplo de preceito que permanece em vigor apenas como norma de transição, ao permitir aos separados não divorciados a reconciliação (subitem 6.3).

Terceira: continuam a vigorar os dispositivos legais que falam da antiga figura da separação e que, embora não sejam incompatíveis com a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição, não são mais suscetíveis de ter aplicação,

desde julho de 2010, em razão de seu conteúdo, sobre o término de sociedade conjugal. Em relação a estes, cabe, se for o caso, aplicar-se à hipótese do divórcio. É o que se verifica, por exemplo, com os dispositivos do Código Civil pertinentes ao *valor* dos alimentos, cujo critério de fixação varia segundo a existência ou não de culpa do alimentado pelo rompimento (Cap. 61, subitem 1.4).

Contudo, não tem sido unânime o entendimento, entre os doutrinadores, sobre o alcance da EC n. 66/2010. Já houve quem se manifestou no sentido de que, enquanto não houver a revogação expressa dos dispositivos do Código Civil sobre o instituto, ou sua adequação redacional, permanecem eles plenamente vigentes como regra de aplicação geral. Uma das consequências deste entendimento aponta para a continuação da existência da separação como fase prévia da desconstituição do vínculo matrimonial (salvo quando houver separação de fato superior a dois anos). Enquanto a jurisprudência não pacificar o tema de modo claro, no sentido de que tais disposições do Código Civil (inciso III do art. 1.571 e os arts. 1.572 a 1.576 e 1.578 a 1.580) perderam, realmente, a vigência, por terem se tornado inconstitucionais, convém, para fins didáticos, manter-se neste *Curso* algumas referências à antiga figura da separação. A discussão apresentará, pelo menos, um sentido histórico.

A resistência de certa doutrina à afirmação da

inconstitucionalidade superveniente dos dispositivos do Código Civil sobre a separação como etapa precedente ao divórcio não se justifica tecnicamente. É certo que, antes mesmo da Emenda n. 66/2010, para alguns tecnólogos a sistemática constitucional e legal então existente destinava-se a atender os escrúpulos das pessoas que não aceitavam o divórcio vincular (que põe fim ao vínculo do casamento) por motivos religiosos. O estado civil de “separado”, na lei brasileira, procuraria amparar a crença dessas pessoas (Cahali, 1978:49). Mas, se tivesse realmente a ordem jurídica tal desiderato, a separação não seria uma *etapa* do processo de desfazimento de todos os efeitos do casamento, mas uma *alternativa* ao divórcio. Facultar-se-ia aos que não creem na dissolubilidade do vínculo matrimonial o estado excepcional de separados. Como não existe, nem existiu, na lei, essa imaginada alternativa, somente se pode compreender a resistência no contexto dos resquícios das ambiguidades que o direito brasileiro nutria ao tratar das questões afetas ao fim do casamento.

A exemplo do divórcio, a separação podia ser amigável ou litigiosa. No primeiro caso, os dois cônjuges requeriam em conjunto ao juiz que decretasse o desfazimento da sociedade conjugal (subitem 6.1). O vínculo conjugal somente se desfazia quando, passado algum tempo, podiam os cônjuges se divorciar. No segundo, um deles imputava ao outro a culpa ou pelo menos a responsabilidade pelo fim do

matrimônio (subitem 6.2).

Com a separação judicial, cessavam os deveres de coabitação e fidelidade recíproca. A inexistência de coabitação não significa necessariamente abandono do lar (subitem 6.2.2). Quer dizer, a separação de fato rompe inevitavelmente a coabitação, mas isso nem sempre corresponde ao descumprimento de dever conjugal. Quanto à fidelidade, o direito estaria obrigando a uma castidade antinatural, no dizer da doutrina (Pereira, 1972:184/185), se continuasse a exigí-la dos que se separaram de fato, mas ainda não de direito.

6.1. Separação amigável

Até 2007, qualquer que fosse a espécie, a separação era sempre um processo judicial. Mesmo quando não havia nenhum desentendimento entre os consortes acerca da oportunidade de pôr fim ao casamento e da adequada composição dos interesses relacionados a essa decisão, a intervenção do Poder Judiciário era imprescindível. Em outros países, como no Japão, a lei há tempos admitia o divórcio consensual, derivado de simples declaração dos dois cônjuges perante o Registro Civil, independentemente de processo judicial. Lá, 90% dos divórcios são consensuais (Mizuno, 2001:854/857).

A judicialização do desfazimento da sociedade conjugal, um pouco em razão da ambiguidade no trato do tema que

caracterizou o direito brasileiro de família até julho de 2010, servia como mais um fator de desencorajamento da separação. O legislador parecia continuar acreditando que o melhor para a família era invariavelmente o casamento eternizado, ainda que se revelasse diminuta ou nenhuma a felicidade dos cônjuges ou de um deles.

A partir de 2007, a lei processual passou a admitir a separação consensual mediante simples escritura pública, desde que o casal não tivesse filhos menores ou incapazes e estivesse assistido por advogados, comuns ou não. Assim, estando os cônjuges de acordo em relação ao término da sociedade conjugal, o processo judicial só não seria dispensável se houvesse filhos não capazes.

6.2. Separação litigiosa

Na separação litigiosa, o cônjuge autor tinha que imputar ao réu a culpa ou pelo menos a responsabilidade pelo fim da sociedade conjugal. Assumia, em decorrência, o ônus de provar o grave descumprimento, pelo outro, de um dos deveres do casamento (fidelidade, respeito mútuo, coabitação no domicílio conjugal etc.) e a decorrente insuportabilidade da vida em comum. Não previa a lei o direito de o cônjuge se separar sem fazer tal imputação, por mais doloroso e por vezes injusto que isso pudesse ser. A experiência de vida revela que, salvo nas situações de agressão física, não há vítimas no casamento. A

responsabilidade pela deterioração do relacionamento conjugal é, em geral, dos dois, marido e mulher. Mas isso a lei pretendia que fosse ignorado na separação litigiosa.

Em outros termos, se o cônjuge autor fundamentasse o pedido no fato de ter simplesmente deixado de amar o réu, ressaltando com sinceridade que nenhum deles poderia ser considerado culpado pelo fim do casamento, corria o risco, em vista da estreiteza dos ditames legais, de ver o pedido negado pelo juiz. Como dito acima, *em tese*, teria que continuar casado e infeliz, até que a degradação do relacionamento fizesse brotar um dos motivos então indicados na lei para a separação litigiosa, ou pôr fim de fato ao casamento, ficando um ano nessa situação de desconformidade entre o formal e o real.

Na separação litigiosa, o cônjuge que propunha a demanda devia provar que o demandado descumprira gravemente um dever do casamento, tornando insuportável a vida em comum (separação-sanção), que esta se rompera há pelo menos um ano, não havendo por que se reconstituir (separação-ruptura) ou este último fora acometido de doença mental grave e provavelmente incurável há dois anos (separação-remédio).

A doutrina classificava a separação litigiosa em *sanção*, *ruptura* (ou *falência*) e *remédio* (Gonçalves, 2005:203; Tavares da Silva, 2002:1373). Na primeira, um dos cônjuges era declarado o culpado pelo término da sociedade conjugal, sendo-lhe imputadas, em decorrência, algumas punições leves (subitem 6.2.1). Nas demais, embora não houvesse propriamente ninguém culpado pelo fim do interesse dos cônjuges em permanecer casados, um deles resistia a anuir com a separação amigável. Alguns fatos, porém, revelavam a impossibilidade de continuação da vida em comum, como sua ruptura há mais de um ano ou manifestação de doença mental grave (subitem 6.2.2).

6.2.1. Separação com culpa

Para obter a separação não amigável, em princípio, o cônjuge autor devia afirmar e provar que o réu incorrera em grave violação de dever conjugal, em virtude da qual a vida em comum tornara-se *insuportável*. Eram pressupostos da separação nesse caso: a gravidade do descumprimento de dever do casamento, não bastando sua simples inobservância, e a insuportabilidade da vida conjugal.

Dava-se a lei ao trabalho de listar exemplos de fatos que podiam ensejar a separação-sanção: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal por um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. Nesses casos, ou em

qualquer outro que o juiz reputasse grave violação de dever conjugal, de que derivasse a insuportabilidade da vida em comum, o cônjuge que nela incorrera era o culpado pela separação. Tome-se o exemplo da injúria grave, conduta na qual se inclui o chamado *quase adultério*, isto é, a paquera, beijo lascivo ou outros sinais quaisquer de interesse por relacionamento íntimo ou sexual extraconjugal. Um dos cônjuges injuriava gravemente o outro ao paquerar terceira pessoa. Isso era fato suficiente para que o injuriado obtivesse em juízo a declaração de culpa do injuriador pelo fim da sociedade conjugal.

Não era raro que o cônjuge demandado numa separação litigiosa reconviasse, isto é, apresentasse, no prazo da contestação, sua própria ação de separação litigiosa, procurando demonstrar que a culpa da falência do casamento não lhe cabia, mas ao autor da demanda originária. Era, na verdade, em tudo irrelevante quem teria sido o primeiro a descumprir o dever conjugal. Isso porque nenhum deles estaria autorizado a inadimpli-los em razão do anterior inadimplemento pelo outro. Mesmo vindo o marido a saber que sua mulher era adúltera, não ficava legalmente legitimado a também cometer o adultério. No caso de reconvenção, nenhum dos litigantes se desincumbindo do respectivo ônus de prova *ou* os dois o fazendo de modo igualmente satisfatório, era claro que a separação devia ser decretada pelo juiz. A possibilidade de sadia vida em comum

de casais envolvidos em litígio de separação era visivelmente remota, mormente na hipótese de recíproca imputação de culpa.

O cônjuge cujo comportamento caracterizava grave violação dos deveres do casamento e tornava insuportável a vida em comum era o culpado pela separação.

Mesmo quando vigoravam os dispositivos do Código Civil sobre a separação, a tecnologia civilista já considerava anacrônica a noção de culpa de um dos cônjuges pelo fim da sociedade conjugal e questionava a pertinência de a lei continuar a tratar da hipótese (por todos, Coltro-Teixeira-Mafra, 2005:315/320).

6.2.2. Separação sem culpa

Eram duas as hipóteses de separação litigiosa

desprovidas de caráter sancionador (Silva, 2003:1293/1294). A primeira dizia respeito à ruptura da vida comum há pelo menos um ano, quando provada a impossibilidade de sua reconstituição; a segunda, à superveniência de doença mental a um dos cônjuges, que tornasse impossível a vida em comum. Nos dois casos, como se verá, era exigida do cônjuge que requeria a separação a prova da impossibilidade da vida em comum. Também nas separações ruptura e remédio, portanto, se a convivência não era insuportável — mas simplesmente sem graça ou infeliz —, a lei parecia querer que os cônjuges continuassem casados ou se reconciliassem, malgrado as circunstâncias revelassem ser esta uma das piores soluções a considerar.

Ruptura da vida comum. Não se devia confundir a separação em razão da ruptura da vida em comum há mais de um ano com a fundada no abandono voluntário do lar conjugal por igual período. Este último fato era considerado, pela lei, exemplo de grave descumprimento de dever que tornava insuportável a permanência da sociedade conjugal. Entre as duas situações aqui enfocadas havia aspectos semelhantes e diferentes. No que se assemelhavam? Na inexistência de coabitação. Tanto no caso da ruptura da vida em comum, como no do abandono, os cônjuges não mais coabitavam sob o mesmo teto. Como se viu, no entanto, a coabitação não é dever conjugal, prevendo a lei hipóteses em que o casamento dela prescinde. No que se

diferenciavam, então? Exatamente no *sentido* que revestia a falta de coabitação. A intenção do cônjuge que abandona o lar é a de se afastar de seus deveres conjugais, em particular o relacionado à participação no sustento, guarda e educação dos filhos. No caso da ruptura da vida comum, em nenhum momento o cônjuge deixa de cumprir suas obrigações relacionadas aos filhos.

Não há abandono do lar quando um dos cônjuges deixa de morar com o outro, mas continua presente na família, visitando os filhos com frequência, provendo-lhes afeto, atenção e recursos materiais. E há abandono quando moravam os cônjuges, desde sempre, em casas separadas, como ocorre algumas vezes, e um deles deixa de cumprir suas obrigações conjugais relativas aos filhos.

Desse modo, se o cônjuge que deixou de morar no domicílio conjugal, após um ano, ingressava com o pedido de separação litigiosa, e o outro reconvinha, imputando-lhe o descumprimento do dever conjugal, ou vice-versa, as demandas eram julgadas a partir do que restava provado relativamente ao comportamento do primeiro após a saída da habitação comum. Se simplesmente não mandou notícias, deixando ao outro cônjuge todas as responsabilidades de manutenção do lar, claramente abandonou-o. Mas se, ao longo do ano, cumpriu os deveres de pai ou mãe, a hipótese é de ruptura dos laços conjugais, mas não de abandono do lar.

A distinção entre as duas formas de separação tinha importância. Se, a final, o juiz reconhecia que houvera abandono do lar, condenava o cônjuge que deixara há mais de um ano de residir no domicílio conjugal pelo fim do casamento, imputando-lhe as sanções cabíveis. Mas, acatando a tese da ruptura, imputava a sucumbência ao cônjuge que tinha resistido à separação amigável, independentemente de ter sido ele, ou o outro, quem fixara a residência em lugar diverso do domicílio conjugal.

Duas eram as hipóteses de separação sem culpa. Na primeira, exigia-se a ruptura da vida comum há pelo menos um ano, quando comprovada a impossibilidade de sua reconstrução (separação-ruptura). A segunda pressupunha a superveniência de doença mental grave, prolongada e provavelmente incurável, que tornava insuportável a vida em comum (separação-remédio).

Superveniência de doença mental. Para dar ensejo à separação-remédio, era necessário que um dos cônjuges

fosse acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento. Se, antes da constituição do vínculo matrimonial, a moléstia já havia dado seus sinais, e mesmo assim o cônjuge não concordou em se casar, não podia alegar esse motivo para pedir a separação em juízo. Além de grave e superveniente, a doença devia perdurar pelo prazo mínimo de dois anos. Ademais, a medicina devia considerar o mal provavelmente incurável. Por fim, era necessária a prova de que a doença mental grave, superveniente, prolongada e provavelmente sem cura tornava insuportável a vida em comum. Apenas uma vez reunidos todos esses requisitos, tinha aplicação a norma legal que autorizava a separação litigiosa fundada na enfermidade mental do outro cônjuge.

Decretada a separação nessa hipótese — aliás, muitíssimo rara —, o cônjuge enfermo ficava com os remanescentes dos bens que havia levado para o casamento, sem prejuízo da meação, se a ela fazia jus em razão do regime adotado. Assim, se o casamento havia sido celebrado em regime de comunhão universal, o cônjuge não tinha direito à meação dos bens trazidos pelo enfermo, ou do que tivera restado deles.

6.3. Reconciliação

Das normas sobre a separação previstas no Código Civil, permanece em vigor, após a EC n. 66/2010, apenas a

referente à conciliação. Mesmo assim, tem agora esta norma apenas aplicação transitória, isto é, enquanto ainda houver pessoas separadas não divorciadas. Daí o interesse em seu estudo.

Desfeita a sociedade conjugal pela separação, ela pode ser restabelecida enquanto permanecer o vínculo conjugal, isto é, enquanto não for decretado o divórcio (CC, art. 1.577). Após a dissolução do vínculo conjugal, não tem mais cabimento a reconstituição da sociedade. Os divorciados, se querem voltar a ser casados, devem-se casar como se solteiros fossem, começando por requerer a habilitação no cartório do Registro Civil da circunscrição da residência de um deles.

A reconciliação cabe tanto na separação amigável como na litigiosa, e independentemente da causa que tenha motivado esta última.

O restabelecimento da sociedade conjugal faz-se por petição ao juiz, nos autos da ação de separação, em que ambos os cônjuges declaram a intenção de reconstruírem o casamento. Se tiver elementos para duvidar da sinceridade da declaração, o juiz poderá ouvir pessoalmente cada um dos cônjuges, em separado. Assim como no casamento, a vontade para a reconciliação deve ser livre e espontânea.

Decretada pelo juiz a reconstituição da sociedade conjugal, será a sentença averbada no Registro Civil (Lei n. 6.015/73, art. 101).

A reconciliação assim formalizada importa o pleno restabelecimento do mesmo regime de bens que havia sido adotado no casamento. A partilha, se já tiver sido feita, torna-se ineficaz. Se pretenderem os cônjuges alterar o regime, devem promover o processo judicial específico (Cap. 57, item 5).

Enquanto não se divorciam, os separados podem restabelecer a sociedade conjugal, mediante petição ao juiz, nos autos da separação.

Não será de modo nenhum prejudicado qualquer direito de terceiros em função da reconciliação (CC, art. 1.577, parágrafo único). Imagine que um dos cônjuges era solvente, mas, com a reconstituição da sociedade conjugal e o restabelecimento do mesmo regime de bens, tornou-se insolvente em vista de dívidas contraídas pelo outro; e que esse mesmo cônjuge tomou dinheiro emprestado num

banco, enquanto estava separado. Ora, o credor (banco mutuante) não pode deixar de receber o seu crédito em razão da insolvência acarretada pela reconciliação. Até a integral solução das obrigações contraídas no período em que a sociedade conjugal não existia, perante os respectivos credores, a partilha ainda continua a produzir seus efeitos.

7. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DISSOLUÇÃO

Nos conflitos de interesse de que trata o direito de família, também a responsabilidade civil deve seguir regras próprias. De um lado, o descumprimento de dever conjugal é ilícito como outro qualquer, não havendo razões para exonerar quem nele incorreu de responsabilidade, tão só porque a vítima era de sua família. De outro, por vezes a imputação de responsabilidade pode ocasionar dano emocional ou psicológico de maior gravidade do que aquele cuja composição é objetivada. Entre uma e outra face dessa delicada equação, procura a tecnologia jurídica identificar os fundamentos para a responsabilização civil pelos danos nas relações familiares (Aguilar Jr., 2004).

Os cônjuges titulam o direito de se divorciarem. Há tecnólogos que chegam a enraizar o direito de não permanecer casado na tutela constitucional da dignidade humana (Farias, 2004). No Brasil, a pessoa casada pode desfazer a sociedade conjugal a qualquer tempo, sempre que decidir que a vida pode ficar melhor sem aquele casamento.

Desse modo, se quem deixa de amar o consorte propõe o divórcio amigável, ele ou ela não tem nenhuma responsabilidade por indenizar eventual desapontamento ou mesmo dor que sua iniciativa traz ao outro membro da relação de conjugalidade (Silva, 2004:539). Deixou de amar; está no direito dele ou dela procurar novos rumos para a vida. Se o outro cônjuge não concordar com o divórcio amigável, também não pode ser responsabilizado aquele que, legítima e honestamente, busca readquirir a liberdade para experimentar novas vivências amorosas, acaso proponha a ação de divórcio com esse fundamento.

De outro lado, o rompimento da sociedade conjugal por culpa de um dos cônjuges acarreta ao outro, em geral, sentimentos negativos, de dor e humilhação. Não cabe, no entanto, a condenação do culpado pelo divórcio no pagamento de indenização moral em favor do inocente, como regra. Apenas quando tiver sido particularmente desleal e cruel o comportamento do cônjuge culpado, terá cabimento a responsabilização. Se um dos cônjuges manteve relacionamento sexual fora do casamento, mas foi sempre discreto e nunca deixou transparecer a traição a amigos ou conhecidos do casal, o adultério leva à sua condenação como culpado pelo fim da sociedade conjugal, mas não à responsabilidade por danos morais. Se, ao contrário, não fazia segredo de seus relacionamentos adúlteros, expondo o outro cônjuge a constrangimentos e agravando-lhe a honra

e imagem de modo acentuado, demonstra não ter o mínimo respeito e consideração com a família que integrava. Nesse caso, a deslealdade e crueldade reveladas justificam a condenação em perdas e danos morais.

Os danos morais associados ao divórcio litigioso são passíveis de indenização apenas se o cônjuge culpado tiver sido extremamente desleal ou cruel em seu comportamento.

Em relação aos danos materiais, manifestados na *acentuada* redução do padrão de vida de um dos cônjuges, os conflitos de interesses resolvem-se por meio de alimentos compatíveis com a condição social (Cap. 61, subitem 1.4). Nenhum outro dano material, nem mesmo o relacionado à normal queda do padrão de vida que acompanha a maioria dos divórcios, é indenizável.

AS ENTIDADES FAMILIARES

1. FAMÍLIAS CONSTITUCIONAIS E NÃO CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal, ao tratar da proteção que o Estado deve liberar às famílias, refere-se a apenas três entidades familiares: as fundadas no casamento, as uniões estáveis entre o homem e a mulher e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º). São as “famílias

constitucionais”.

O dispositivo em foco desperta duas questões básicas. *Primeira*, haveria alguma primazia à família fundada no casamento, relativamente às demais entidades familiares nele referidas? *Segunda*, a lei ordinária e as decisões judiciais poderiam ou não reconhecer e proteger outras entidades familiares? Essas questões, evidentemente, despertam respostas diversas de acordo com a ideologia do tecnólogo. Para os mais conservadores, o casamento continua a ser uma forma privilegiada de constituição da família e nenhuma outra entidade familiar além das apontadas na Constituição deveria ser considerada. Para os mais progressistas (falando em termos de costumes sociais), as respostas são exatamente as contrárias.

Dois circunstâncias têm levado os tecnólogos conservadores a insistirem na supremacia da família fundada no casamento. De um lado, a Constituição não usa a expressão “família” quando menciona a união estável e a monoparentalidade, mas o estranho neologismo “entidade familiar”. De outro, determina à lei que facilite a conversão da união estável em casamento. Essas circunstâncias, aliadas à tradicional forma de organização do núcleo familiar, confirmariam, na visão conservadora das questões, que o constituinte não pretendeu igualar a união estável ao casamento, nem estimular as famílias monoparentais. Em relação à família fundada em relação conjugal de pessoas do

mesmo sexo, a tecnologia conservadora alimenta enormes resistências, chegando mesmo a qualificar preconceituosamente a hipótese como “anormalidade”.

As respostas acertadas às questões propostas pela norma constitucional, contudo, têm-nas os tecnólogos progressistas. Considerando a Constituição um sistema, interpretam o art. 226 e seus parágrafos em consonância com os princípios maiores da igualdade e dignidade da pessoa. Afirmam, então, que entre as famílias constitucionais não há hierarquia: a fundada no casamento não é merecedora de maior proteção que as outras. Muito pelo contrário, não pode a lei discriminar essas três entidades familiares, conferindo aos membros de qualquer uma delas direitos negados aos das outras. Por outro lado, em relação às entidades familiares não referidas, a lei ordinária pode eventualmente diferenciar alguns dos direitos de seus membros, já que não gozam de igual proteção à liberada às três famílias constitucionais; mas não as pode criminalizar ou, por qualquer outro meio, prejudicar seus membros. Por exemplo, a lei ordinária pode validamente vedar a adoção por casal homossexual, mas não pode negar aos parceiros a comunhão dos bens adquiridos durante a parceria. Nada na ordem constitucional, por outro lado, impede a disciplina na lei ordinária da família fundada na união civil de pessoas do mesmo sexo.

Quer dizer, as famílias constitucionais (fundadas no

casamento, união estável e monoparental) têm assegurados iguais direitos, sendo inconstitucional qualquer preceito de lei ordinária que as discrimine. As não constitucionais (fundadas em união livre, de pessoas do mesmo sexo e demais), porém, são igualmente famílias e merecem ser reconhecidas e protegidas como tais pela ordem jurídica. A lei ordinária não está obrigada a tratá-las de forma isonômica, relativamente às constitucionais: essa a única consequência da omissão dos constituintes. Mas em função dos princípios maiores da igualdade e dignidade, a lei também não pode ignorar, desprestigiar ou criminalizar qualquer outra forma de entidade familiar não mencionada pelos constituintes.

As entidades familiares (ou famílias) classificam-se, do ponto de vista do direito positivo brasileiro, em duas espécies: as constitucionais e as não constitucionais.

As famílias constitucionais são as

referidas no art. 226 da CF: as fundadas no casamento, na união estável entre homem e mulher e as monoparentais. A lei não as pode tratar diferentemente, sob pena de inconstitucionalidade.

Já as famílias não constitucionais são as demais, como, por exemplo, a união livre e a parceria entre pessoas do mesmo sexo. A lei ordinária pode conferir-lhes direitos diferentes dos atribuídos às famílias constitucionais, mas, por força dos princípios superiores da igualdade e da dignidade, não as pode

marginalizar, prejudicar ou criminalizar.

As diferenças entre essas categorias, assim, dizem respeito exclusivamente aos requisitos de constitucionalidade das leis que as disciplinam.

O casamento é um instituto complexo e foi, por isso, examinado anteriormente (Caps. 56 e 57). Agora, trato dos fundamentos de outras entidades familiares: a união estável (item 2), a família monoparental (item 3), a união livre (item 4) e a parceria entre pessoas do mesmo sexo (item 5).

2. UNIÃO ESTÁVEL

Com a revolução dos costumes nos anos 1960, muitos jovens de classe média e alta passaram a constituir famílias sem se casar. Não havia impedimento nenhum ao casamento deles; poderiam casar-se, se quisessem; mas não queriam. O casamento era visto por eles como apenas uma simples *folha*

de papel, absolutamente dispensável quando percebida a essência da relação conjugal no afeto, respeito mútuo e companheirismo. O matrimônio não garantia minimamente esses fatores essenciais da comunhão de vida, e podia até mesmo atrapalhá-los. A sociedade, de início, estranhou a novidade, mas aos poucos a aceitou, deixando de discriminar as uniões de homem e mulher que podiam casar-se, mas não viam sentido nisso.

A visão daqueles jovens de classe média ou rica que optaram por se unir sem casar estava equivocada. O casamento não era apenas uma folha de papel, mas ato de que derivavam consequências jurídicas precisas. Quando o enlace não frutificava, era muito mais difícil a justa e equilibrada composição dos interesses, tanto pessoais (guarda do filho, visitas) como patrimoniais (divisão dos bens adquiridos pelo esforço comum). Na separação, a *folha de papel* mostrava sua serventia e os prejudicados lamentavam não ter atentado à importância jurídica que tinha então o casamento.

Hoje, ele tem importância só psicológica, social e emocional. Quem opta por constituir família pelo matrimônio declara solenemente ao cônjuge (e ao mundo também) que lhe está destinando um lugar importante em seu coração e na sua vida. Essa declaração tem relevância ímpar para as relações amorosas, a autoestima de quem a dá e recebe, além da felicidade dos cônjuges, seus pais e familiares; mas

pouca importância tem a declaração solene ínsita ao casamento para a proteção dos direitos. Para a ordem jurídica atual, é absolutamente indiferente se homem e mulher desimpedidos casam ou optam por se unir sem a formalidade do casamento. As consequências pessoais, inclusive para os filhos, e patrimoniais serão rigorosamente as mesmas. Finalmente, pode-se dizer que o casamento se tornou uma simples *folha de papel*.

Mas essa igualação, no plano jurídico e cultural, do casamento e da união informal é o resultado de um longo e tortuoso processo (Rodrigues, 2004:261/268; Pereira, 2004:24/38; Matos, 2000:63/76). No início do século passado, a jurisprudência não tinha muita simpatia por essas uniões informais. Acreditava-se que reconhecer à companheira (naquele tempo, chamada de *concubina*, mesmo na relação estável) qualquer direito nos bens adquiridos pelo companheiro durante a vida em comum seria desprestigiar a família “legítima” e importaria indesejável desestímulo ao casamento. Atente que estou falando de um tempo em que o matrimônio era indissolúvel no Brasil. Muitas das disputas em torno das uniões informais envolviam a participação da companheira na herança do companheiro falecido; o conflito se estabelecia, então, entre ela e seus filhos (os “ilegítimos”), de um lado, e a esposa, com quem o *de cujus* continuava juridicamente casado, embora separado de fato há muito tempo, e os filhos do casamento (os “legítimos”),

de outro. Os Tribunais não se compadeciam no início, e a companheira e os filhos nascidos da relação informal (chamados de “adulterinos”) eram desconsiderados em seus interesses. Para o STF, em 1947, “a ordem jurídica ignora a existência do concubinato” (Pereira, 2004:27).

Por volta dos anos 1950, a jurisprudência começou a ensaiar alguns passos na direção da tutela da concubina. As primeiras formulações não reconheciam propriamente o direito de participar nos bens adquiridos na constância da união, mas um crédito pelos serviços domésticos prestados ao companheiro. O fundamento foi buscado na coibição ao enriquecimento indevido. Algum tempo depois, surgiram decisões reconhecendo na união informal uma sociedade de fato. Ignoravam frontalmente a lei, que exigia prova escrita para a produção dos efeitos do contrato de sociedade entre os sócios (como ainda hoje exige: art. 987 do CC), mas davam solução mais justa aos conflitos de interesses. Provada a aquisição de bens pelo esforço comum, cabia a divisão entre os companheiros, no fim da convivência, tal como numa dissolução de sociedade.

Em 1964, o STF sumulou sobre a questão: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (Sum. 380). Até a introdução do divórcio no direito brasileiro em 1977, a Súmula resolveu grande parte dos conflitos, relacionada à

união estável de pessoas que não podiam casar-se porque uma delas (quando não as duas) era desquitada (Azevedo, 2003:156/164).

Em 1988, a Constituição Federal falou, pela primeira vez, em família constituída pela união estável do homem e da mulher, declarando-a destinatária de proteção do Estado. Desde então, não haveria mais fundamento para decisões judiciais que discriminassem o convivente, não lhe reconhecendo os mesmos direitos do cônjuge. Mas a visão conservadora do dispositivo constitucional parecia prevalecer em alguns julgados e contribuições doutrinárias. Em 1994, a lei reconheceu aos companheiros o direito aos alimentos e certos direitos sucessórios, desde que houvesse convivência de pelo menos cinco anos ou prole comum. Dois anos depois, outra lei, destinada a regular o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, dispôs sobre o assunto. Acertadamente descartou os requisitos do interregno temporal de convivência ou da descendência comum, para definir a união estável a partir do objetivo dos conviventes de constituição de família (subitem 2.1). Desde a entrada em vigor do Código Civil, a matéria está regulada em seus arts. 1.723 a 1.727.

A união estável entre o homem e a mulher com o objetivo de constituir família tem a mesma proteção que o Estado libera para a família fundada no casamento. A única diferença diz respeito à prova do vínculo horizontal de família, que se produz muito mais facilmente no casamento.

A única diferença entre o casamento e a união estável diz respeito à facilidade da prova. Enquanto o vínculo conjugal nascido do matrimônio prova-se pela exibição da certidão (Cap. 56, subitem 4.4), o da união estável depende de testemunhas, juntada aos autos de fotografias (de eventos familiares e sociais), documentos (extratos bancários ou de cartão de crédito), escritos (missivas, bilhetes, cartões etc.) e eventualmente perícia. Abstraída,

porém, a questão probatória, não há nenhuma diferença entre os direitos dos conviventes e dos cônjuges. É inconstitucional, como se verá à frente (subitem 2.2), o preceito que os trata de forma diferente na questão sucessória.

2.1. Caracterização da união estável

A união estável, base de cerca de 30% das famílias brasileiras, caracteriza-se pela convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher desimpedidos para o casamento (CC, art. 1.723).

A união estável não se confunde com o namoro (Cahali, 2004:268/273). Enquanto na primeira é indispensável a vontade comum de fundar uma família (relação horizontal), no último, esse elemento anímico não está presente. Os namorados ainda não têm claramente definida a vontade de constituir família *ou* têm claramente a de não a constituir: estão se conhecendo melhor *ou* simplesmente se divertindo. Se homem e mulher namoram há muitos anos, viajam juntos sempre que podem, frequentam os eventos sociais das respectivas famílias, devotam mútua exclusividade sexual e chegam até mesmo a viver sob o mesmo teto (“namorados que moram juntos”), não se configura a união estável quando inexistente a intenção de constituir família.

Alguns advogados aconselham os clientes a firmarem

com os namorados um *contrato de namoro*. O objetivo é documentar a declaração da falta de intenção de constituir família, e com isso facilitar a prova da inexistência de união estável, se vier a ser discutida a questão em juízo. O contrato de namoro não prevalecerá, evidentemente, quando provado o preenchimento dos requisitos legais da união estável ou mesmo se demonstrado que aquela intenção originária alterou-se com o tempo. Assim é porque o decisivo à configuração de determinado relacionamento como namoro ou união estável são as características que o cercam, e não os documentos firmados pelas partes. Mesmo a exibição do instrumento escrito de contrato de convivência não prevalece diante da prova de que a união pretendida não sobreviveu aos primeiros meses, faltando-lhe por isso o requisito da durabilidade.

São, assim, seis os requisitos para a caracterização da união estável:

a) *Objetivo de constituir família*. Esse é o requisito mais importante da união estável, o ânimo de criar uma família (*affectio maritalis*). É em vista desse objetivo que a ordem jurídica confere ao relacionamento conjugal informal a proteção merecida pelas famílias.

Como provar o atendimento a esse requisito anímico? Se os conviventes celebraram o contrato de convivência, ou declararam por outro modo (escrito ou oral) a intenção de constituir família, a exibição do instrumento daquele ou a

prova da declaração criam a presunção da união estável. Mas, se não foi celebrado o contrato de convivência e inexistem outras declarações no sentido da constituição de família, a *affectio maritalis* só pode ser demonstrada por indícios.

Nesse último caso, um dos elementos mais significativos, embora não determinante, é a coabitação. Quando homem e mulher passam a compartilhar o mesmo teto, é normalmente indicação de que têm a intenção de constituir família. Veja que a união estável pode-se configurar ainda que não exista coabitação. Há conviventes que preferem manter suas respectivas casas porque consideram essa independência salutar ao relacionamento; e há também aqueles que precisam morar separados, por força do trabalho ou outra razão. A falta de moradia comum não descaracteriza, portanto, necessariamente a união estável. A presença desse ingrediente no relacionamento, contudo, é forte indício do *affectio maritalis*.

Mas não basta a prova da coabitação para se caracterizar a união estável, se outros elementos demonstram que ela se relaciona a objetivos diversos dos de constituição de família. Se dois universitários de sexos diferentes moram juntos num apartamento próximo à universidade, com o objetivo de dividirem despesas, não há união estável entre eles. Mantenham ou não relações sexuais, com ou sem frequência, com ou sem exclusividade,

se o que os motivou a residirem sob o mesmo teto foi a redução dos dispêndios com moradia e não a formação de família, então não existe a união estável.

Outro elemento útil na pesquisa da intenção dos sujeitos de um relacionamento amoroso diz respeito à prole comum. Mais uma vez, não é determinante. Existem uniões estáveis em que os conviventes não desejam filhos, formando-se a família, aqui, tão só pela relação horizontal; assim como existem pessoas com filho comum que não pretendem conviver. A gravidez pode até ter sido intencional: se pai e mãe não tinham o objetivo comum de constituírem entre eles uma família (mas apenas o de fundarem duas famílias monoparentais), não se forma a união estável.

b) Convivência duradoura. A própria designação do vínculo denota que só se caracteriza a união *estável* quando perdura por tempo considerável. Se homem e mulher declaram, inclusive mediante a assinatura de contrato de convivência, ter a intenção de constituir família, mas não conseguem conviver senão por alguns meses, a união estável não se constituiu.

A lei não fixa prazo certo para considerar duradoura a convivência, ficando a questão ao prudente arbítrio do juiz. Poucos meses são insuficientes ao estabelecimento da união estável, assim como muitos anos de convivência fazem pressupor sua configuração. Mas quanto tempo exatamente

deve ser adotado para que um casal seja considerado convivente não há como prefixar em termos gerais. Cada relacionamento apresentará suas marcas, a partir das quais o juiz decidirá se o requisito da durabilidade foi atendido. Com esse requisito, a lei quer apenas descartar os vínculos precários do cenário das uniões estáveis.

c) *Convivência contínua.* Outro requisito legal relacionado ao tempo de convivência é o da continuidade. Para que se caracterize a união estável, não podem ocorrer interrupções significativas no decurso do prazo do relacionamento destinado à constituição de família. Uma ou outra breve interrupção, motivada por desentendimentos pontuais posteriormente superados, não descaracteriza a união estável. O que a lei quer evitar é a quebra da estabilidade em razão de períodos mais ou menos longos, em que a convivência deixou de existir.

d) *Convivência pública.* Para configurar-se a união estável, o relacionamento entre os conviventes deve ser público, e não clandestino. Quer dizer, eles devem, nos eventos sociais ou em encontros ocasionais com amigos e conhecidos, apresentarem-se como companheiros, e não como meros namorados. Se preferem esconder da família e das pessoas em geral a convivência informal que nutrem, então ela não é merecedora, pela lei, de proteção.

e) *Diversidade de sexo.* No direito brasileiro, a união estável só existe entre pessoas de sexos opostos, quer dizer,

entre homem e mulher. A convivência entre pessoas do mesmo sexo com o objetivo de constituir família ainda não goza de proteção específica da lei (item 5).

União estável é a convivência duradoura, contínua e pública de homem e mulher, com o objetivo de constituição de família, quando não há impedimento para o casamento.

Também caracteriza a união estável o vínculo com tais características quando qualquer dos conviventes (ou ambos) sendo casado, estiver separado de fato.

f) *Desimpedimento*. Em princípio, somente pessoas desimpedidas podem conviver em união estável. Todos os impedimentos do casamento também impedem a constituição da união estável. Se a ex-nora passa a conviver com o ex-sogro, o relacionamento deles não é considerado união estável, mas união livre, porque transgride um dos impedimentos do casamento, o relacionado aos parentes afins em linha reta (CC, art. 1.521, II).

Mas a hipótese mais relevante a considerar é a do impedimento relacionado às pessoas casadas. O principal elemento para caracterizar o desimpedimento ínsito à união estável é a inexistência de outro vínculo de conjugalidade a unir um dos conviventes, ou os dois, a outras pessoas. Alguns doutrinadores tratam esse requisito em separado, acentuando a importância da preservação da monogamia nas relações de conjugalidade (Gonçalves, 2005:548/549).

Em outros termos, no direito brasileiro, assim como ninguém pode ser casado duas vezes (bigamo), também não pode manter simultaneamente um casamento (convivendo com o cônjuge) e uma união estável, nem duas uniões estáveis. Para que a relação monogâmica seja preservada, a pessoa casada só pode envolver-se numa união estável depois de sua separação de fato ou judicial (CC, art. 1.723, § 1º). Aquele que já se encontra vinculado a uma união estável, igualmente não pode ligar-se a outro convivente enquanto não desfizer a primeira.

Em suma, quando desrespeitada a regra da monogamia, o relacionamento não eventual que alguém mantém em paralelo ao seu casamento ou união estável denomina-se *união livre* (se há intuito de formar família) ou é mero *concubinato* (se não há essa intenção) (item 4).

As causas suspensivas do casamento não obstam a caracterização da união estável (CC, art. 1.723, § 2º). Assim, poderá ter início uma união estável quando o viúvo une-se a outra mulher logo em seguida ao falecimento da esposa, sem esperar a conclusão do inventário.

2.2. Direitos e deveres dos companheiros

Como acentuado, a única diferença entre o casamento e a união estável é a relacionada à prova judicial da existência do vínculo de conjugalidade.

Enquanto no casamento prova-se o vínculo com extrema facilidade, mediante a exibição da certidão do Registro Civil, o da união estável demanda prova mais complexa, para que se convença o juiz de que havia, entre os litigantes, uma convivência duradoura, contínua, pública e destinada à constituição de família.

Os mais variados documentos podem e devem ser carreados aos autos na demonstração da união estável: extratos de contas bancárias conjuntas, reiteradas movimentações de cartão de crédito de um deles relativas a despesas do interesse comum ou do outro, designação do

companheiro como segurado em seguro de vida, testamento legando ao convivente bens de valor significativo, aquisição em condomínio de imóvel residencial etc.; além dos documentos, outros meios se mostram aptos a provar a união estável: fotografias de viagens em comum, festas e eventos familiares, nas quais os litigantes aparecem como companheiros; testemunhas que confirmem a convivência e suas características. É certo que nenhum desses elementos isoladamente basta à prova da união estável. Do conjunto probatório deve resultar a demonstração inequívoca do preenchimento dos requisitos legais dessa entidade familiar (*affectio maritalis*, durabilidade, continuidade e publicidade).

Afora essa diferença de prova, nenhuma outra pode existir entre os vinculados pela união estável ou pelo casamento.

Quanto às relações pessoais, os companheiros têm o recíproco dever de lealdade, respeito e assistência; estão obrigados também à guarda, sustento e educação dos filhos (CC, art. 1.724). A fidelidade não é lembrada expressamente pela lei, mas há quem considere que o convivente infiel descumpra o dever de lealdade (Silva, 2004:533).

A enunciação dos deveres dos conviventes, no entanto, é desprovida de maior interesse, já que o seu descumprimento não tem nenhuma implicação jurídica. Desfeita a união estável por qualquer razão (culpa ou

vontade de um ou dos dois conviventes), as repercussões em relação aos bens, alimentos e filhos serão idênticas.

Em relação aos bens, prevalecerá o que os conviventes tiverem convencionado no contrato de convivência (CC, art. 1.725). Se tiverem, por exemplo, concordado em que cada um continuaria com seu próprio patrimônio, dividindo-se as despesas em certa proporção, no fim da união estável, nenhum deles pode reclamar qualquer participação nos bens adquiridos pelo outro durante a convivência. A menos, é claro, que prove ter concorrido com seus recursos para a aquisição, cabendo-lhe, nesse caso, a participação proporcional à sua contribuição.

Se nada contrataram a respeito dos bens, aplica-se às relações patrimoniais entre os companheiros o regime da separação parcial (CC, art. 1.725, *in fine*). Em termos gerais, de acordo com esse regime, comunicam-se os bens posteriores ao casamento, exceto os adquiridos por sucessão ou doação, mas não os anteriores (Cap. 57, subitem 2.3.2). Desse modo, se os companheiros foram morar num apartamento de que já era dono um deles, ao término do vínculo de conjugalidade, o bem não será partilhado; continua a pertencer exclusivamente àquele convivente que titulava a propriedade antes do enlace. Também é apenas do companheiro herdeiro ou donatário o bem recebido na constância da união estável. Já os bens adquiridos após o estabelecimento do vínculo pertencerão em partes iguais aos

conviventes, a menos que eles tenham estipulado de modo diverso no contrato de convivência.

No tocante aos alimentos, a lei assegura ao companheiro que deles necessitar o direito de pedi-los ao outro (CC, art. 1.694). Como será oportunamente examinado, o cônjuge culpado pelo desfazimento do vínculo matrimonial não tem direito senão aos alimentos mínimos (Cap. 61, item 1.4). A mesma implicação deve verificar-se no término da união estável, tendo em vista a equivalência dos direitos entre ela e o casamento.

Finalmente, quanto aos filhos, devem os conviventes se acertar acerca do regime de guarda e visitas, atentos ao *valor* de que o fim da união estável não pode importar nenhuma consequência para as relações familiares verticais, que unem os pais aos seus filhos. Devem os conviventes contratar a repartição entre eles das despesas com a criação, alimentação, lazer e educação dos filhos. Não chegando a acordo, decidirá o juiz.

Os direitos e deveres dos conviventes numa união estável não se diferenciam dos decorrentes do casamento.

ocorrendes ao casamento.

Os bens adquiridos na constância da união são da copropriedade dos companheiros, salvo se haviam estipulado de modo diverso no contrato de convivência.

O companheiro que necessitar de alimentos pode pedi-los ao outro.

Acerca dos filhos, devem os conviventes se acertar sobre guarda, visita e sustento.

No encerramento desse subitem, cabe examinar o art. 1.790 do CC, que disciplina os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente. Criando uma odiosa discriminação, os incisos II e III desse dispositivo

estabelecem a quota a que tem direito o supérstite, fazendo-a variar de acordo com os demais concorrentes à herança. De início, convém frisar que esse dispositivo não prejudica a meação a que tem direito o companheiro por força do regime legal de bens, na falta de contrato de convivência. Quer dizer, as quotas referidas naquele dispositivo dizem respeito apenas à parte dos bens comuns objeto de sucessão, isto é, à meação titulada pelo convivente falecido, o autor da herança (Gonçalves, 2005:559).

Pois bem, diz o indigitado preceito que o companheiro terá quota equivalente à metade da cabível aos filhos exclusivos do falecido, se eles participarem do concurso (CC, art. 1.790, II); e terá direito a um terço da herança, quando concorrer com outros parentes sucessíveis, incluindo os colaterais (art. 1.790, III). Nota-se a diferença em relação ao cônjuge — herdeiro necessário —, que concorre com os descendentes sem nenhuma redução de quotas quando não são seus filhos. No caso de concorrer com um só ascendente, o cônjuge terá direito à metade dos bens, e não a um terço. E, acima de tudo, o cônjuge nunca concorre com outros parentes sucessíveis, como os colaterais, porque é sucessor com melhor vocação (CC, art. 1.829, I a III).

Exemplificando. Imagine que o falecido deixou bens no valor de \$ 120 em sua herança. Não tinha descendentes, nem ascendentes vivos, mas tinha um irmão. Se esse falecido era casado, a esposa sobrevivente herda a

totalidade dos bens (§ 120); se, contudo, mantinha relação estável, a companheira terá direito a apenas um terço deles (§ 40), ficando o restante para o irmão (§ 80).

O tratamento discriminatório liberado pelo art. 1.790, II e III, do CC fulmina a constitucionalidade e validade dos preceitos. Por afrontar a Constituição Federal, tanto na garantia do direito de herança (art. 5º, XXX), como na proteção da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), esses dispositivos do Código Civil são inconstitucionais.

Por conseguinte, no falecimento de pessoa vinculada a união estável, o companheiro sobrevivente terá os mesmos direitos sucessórios titularizados pelo cônjuge (Cap. 63, item 2).

2.3. Conversão em casamento

Retomo a primeira informação deste item. Nos anos 1960, jovens da classe média e alta começaram a constituir famílias desprezando ostensivamente o casamento. Estavam convencidos de que a formalidade atrapalhava mais do que ajudava a construção de um relacionamento fundado no amor, respeito mútuo e camaradagem.

Nas classes menos abonadas, porém, a união informal já existia com bastante frequência muito antes da revolução dos costumes. Era imposta pela carência de recursos e não nascia da vontade de romper velhos tabus. A festa do

casamento, por mais modesta que fosse, consumiria boa parte do pouco dinheiro do casal. Mais que isso, porém, temiam os dois, principalmente o homem, não terem meios para cumprir os sérios compromissos que advêm do casamento. Na incerteza, preferiam não os assumir. A união estável não era, portanto, nesse caso, uma opção inteiramente livre dos conviventes. Era uma necessidade. Se pudessem, casariam.

Pois bem, foi tendo em vista principalmente essa situação que o constituinte de 1988 se preocupou em determinar à lei que facilitasse a conversão da união estável em casamento. Não haveria por que facilitá-la aos que optaram por não casar de forma inteiramente livre. A facilitação da conversão da união estável em casamento destina-se a atender aos interesses de quem não tem realmente a opção de casar, ou não. De qualquer modo, a conversão é igual para todos os conviventes que passem a se interessar pelo matrimônio, independentemente das razões pelas quais no passado entenderam que o estabelecimento da união estável era de seu interesse.

É certo que os conviventes podem, a qualquer tempo, se casar, como quaisquer outras pessoas desimpedidas. Mas essa é uma alternativa diferente da conversão, porque os efeitos do ato não retroagem à data da formação da união estável. Quer dizer, quando os conviventes optam por simplesmente se casarem, em vez de buscarem a conversão,

os efeitos do casamento projetam-se a partir da celebração. Na conversão, ao contrário, os efeitos retroagem para a época em que os conviventes constituíram sua união. Convertida esta em casamento, produzem-se os mesmos efeitos que existiriam como se os conviventes estivessem casados desde o início de sua convivência.

A diferença não é tão sutil como pode parecer à primeira impressão. No casamento *a posteriori* ou na conversão, os conviventes devem escolher o regime de bens do casamento. Se optam pela comunhão parcial, não haverá realmente diferenças entre as duas alternativas, além das relacionadas à questão da prova.

Em outros termos, se, no casamento *a posteriori*, os cônjuges escolhem a comunhão parcial como regime de bens, a copropriedade dos adquiridos antes do matrimônio depende da prova da existência da união estável. Na conversão, ao contrário, escolhido o mesmo regime, a comunhão alcança os adquiridos desde o início da convivência, mediante a simples exibição da certidão de casamento por conversão.

Mas se, no casamento *a posteriori* ou na conversão, os cônjuges optam por regime diverso da comunhão parcial, a diferença entre uma e outra alternativa é significativa. Imagine que a opção recaia sobre o regime de separação de bens. Na hipótese de se casarem, os conviventes continuam a titular os direitos derivados do regime da comunhão parcial

em relação aos bens adquiridos durante o período da união estável, já que os efeitos do casamento, nesse caso, não retroagem. Escolhendo, contudo, a via da conversão, também esses bens adquiridos serão alcançados pelo regime da separação.

Também em relação aos regimes de comunhão universal e participação final nos aquestos, a mesma consequência se verifica: os bens adquiridos na constância da união estável não ficariam sujeitos a esses regimes, senão na hipótese de sua conversão em casamento.

A conversão da união estável em casamento é feita mediante processo judicial e importa a retroatividade dos efeitos da constituição do vínculo matrimonial para a época em que teve início a convivência, inclusive em relação ao regime de bens escolhido pelos agora cônjuges.

Enquanto vigorou a lei de 1996, a conversão fez-se por simples requerimento dos conviventes ao oficial do Registro Civil da circunscrição do domicílio deles. O Código Civil, porém, parecendo ignorar a determinação da Constituição, submeteu-a a processo judicial. Os dois conviventes requerem ao juiz a conversão da união estável em casamento, fazendo as declarações sobre o regime de bens e

alterações eventuais no nome. Em se convencendo o juiz de que a conversão corresponde à vontade real dos conviventes, defere-a. Expede-se, então, mandado ao Registro Civil para o assentamento da conversão (CC, art. 1.726).

3. FAMÍLIA MONOPARENTAL

A família monoparental é a formada “por qualquer dos pais e seus descendentes” (CF, art. 226, § 4º). Nela, as relações familiares são apenas verticais, já que não existem pessoas ligadas pelo vínculo de conjugalidade. O pai ou mãe fundador da família monoparental é o seu “cabeça”.

Diversas razões podem levar à constituição da família monoparental: a pessoa quer ter filhos, mas prefere ficar solteira a se casar ou constituir união estável; após a separação ou divórcio, os filhos ficam sob a guarda de um dos ex-cônjuges, tendo o outro se afastado do convívio com eles; o celibatário adota uma criança; a celibatária recebe em seu útero embrião fecundado *in vitro*; o estado de viuvez se prolonga, contentando-se o viúvo ou viúva em permanecer familiarmente ligado apenas aos seus descendentes; a mulher engravida de modo acidental, mas não tem nenhuma vontade de se vincular maritalmente ao pai do nenê etc. (cf. Leite, 1997:31/60).

A monoparentalidade é classificada em *paternal* ou *maternal*. No primeiro caso, a comunidade familiar é

integrada pelo pai e seus descendentes; no segundo, pela mãe e seus descendentes. Estatisticamente, as famílias monoparentais maternas são muito mais numerosas, fato que não desdobra qualquer consequência jurídica.

Também se classifica em *voluntária* ou *involuntária*. Naquela, a monoparentalidade é resultado de uma decisão livre e consciente do pai ou da mãe, como no caso do celibatário que adota um filho; enquanto nessa última, as circunstâncias da vida conduzem a família ao estado monoparental, como na viuvez prolongada. Note-se que em nenhuma hipótese a opção pela monoparentalidade é inteiramente involuntária. Há, porém, casos em que nitidamente o pai ou mãe recusa a ideia de se casar ou constituir união estável e prefere manter a família apenas com seus filhos. Aqui, a monoparentalidade é voluntária. E há, de outro lado, os casos em que eles se enlaçariam num vínculo de conjugalidade, se a vida lhes desse a chance, caso em que a monoparentalidade deve-se considerar involuntária.

Pode-se distinguir, ainda, a monoparentalidade em *natural* ou *civil*, de acordo com a natureza do vínculo entre os membros da família. Quando o filho tiver recebido a herança genética do cabeça, a família monoparental é natural; caso contrário, civil. Assim, se o filho foi concebido numa relação sexual de que tenha participado o pai ou mãe, a monoparentalidade é natural. Igualmente pertence a essa

categoria a família, quando o filho concebeu-se *in vitro* com o uso de gameta fornecido pela mãe — a deontologia médica não admite o emprego da técnica de fertilização assistida solicitada exclusivamente por um homem. Por outro lado, será civil a família monoparental em que o filho é adotado.

Finalmente, é possível classificá-la de acordo com o número de gerações que separam os seus membros. Há, assim, família monoparental de primeiro grau (pai ou mãe e seus filhos), segundo grau (avô ou avó e seus netos) etc. Também deve-se considerar monoparental a família constituída por mais de duas gerações. Quando alguém mora com a filha e o neto, os três integram uma família monoparental de grau misto.

Essas classificações se combinam: a “produção independente”, por exemplo, é uma família monoparental maternal, voluntária, natural e de primeiro grau. A rigor, contudo, têm sentido meramente ilustrativo, já que será idêntico o amparo liberado pela Constituição à família monoparental, independentemente do sexo do seu cabeça, do maior ou menor grau de intencionalidade havida na constituição, da natureza do vínculo entre os membros dela ou do número de gerações que os separam.

A família monoparental é a constituída por homem ou mulher, não vinculado conjugalmente a ninguém (solteiro, separado, divorciado, viúvo etc.), e seus descendentes (naturais ou civis).

Na família monoparental, em vista da inexistência de relação horizontal, os conflitos de interesse giram em torno das questões próprias da relação vertical: filiação e poder familiar. De específico dessa categoria de entidade familiar encontra-se, na ordem jurídica, unicamente a vedação a qualquer discriminação em seu desfavor, pela ausência do vínculo de conjugalidade, peculiaridade de que não se pode extrair qualquer menoscabo.

4. UNIÃO LIVRE

As uniões livres correspondem aos vínculos de conjugalidade destinados à formação de família estabelecidos entre sujeitos que não podem casar-se, nem

constituir união estável. Compreendem, por exemplo, as relações não exclusivas e as vinculantes de parentes afins em linha reta. A união livre é uma espécie de concubinato.

Na lei, concubinato vem definido como as “relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar” (CC, art. 1.727). A expressão já teve uma definição tecnológica bem mais extensa. Quando, no passado, a ordem jurídica só reconhecia como legítima a família constituída pelo casamento, todas as demais formas de relacionamento entre homens e mulheres eram rotuladas como concubinárias. Na vala comum do concubinato atiravam-se todas as relações não matrimoniais. Aos poucos, porém, certas distinções precisaram ser feitas. A tecnologia começou a falar em concubinato *puro* e *impuro*, com o objetivo de separar os relacionamentos entre pessoas que se casariam se pudessem (impedia-as a indissolubilidade do vínculo então estatuída) e os relacionamentos extraconjugais (entre amantes, amásios, mancebos). Não se justificam mais esses esforços classificatórios. Desde a entrada em vigor do Código Reale, a expressão “concubinato” deve ser reservada exclusivamente às relações como tal conceituadas pela lei. O que antes era chamado de “concubinato puro”, hoje se chama “união estável”.

Continua a existir, entretanto, um certo preconceito em relação a algumas famílias. Embora não cogite mais de

ilegitimidade, a ordem jurídica engloba grosseiramente no conceito de concubinato, junto com a mancebia, todas as formas de famílias não lembradas pelo art. 226 da CF. É tempo de fazer uma distinção, destacando a união livre das demais relações concubinárias.

A união livre se distingue do concubinato em geral porque nela encontra-se sempre o *affectio maritalis*, isto é, a vontade de constituir família, ingrediente inexistente na relação concubinária. Por vezes, entre os concubinos, o interesse no relacionamento tem em vista apenas ou principalmente a gratificação sexual; nem de longe eles cogitam unir-se de forma mais intensa, como uma família. Na união livre, ao contrário, o objetivo é o mesmo do casamento e da união estável, ou seja, a criação de vínculos familiares, com ou sem filhos comuns. Os compromissos *por vezes* são menores, quando os parceiros não dão à exclusividade sexual a mesma importância que a maioria das pessoas. Mesmo nesse caso, todavia, a união livre não pode ser considerada uma relação descompromissada. Afeto, cuidados, atenção, mútua ajuda e companheirismo estão presentes, como em qualquer outra família.

Por ser espécie de concubinato, a união livre pressupõe a diversidade de sexos. Quando se unem para formar uma família pessoas do mesmo sexo, a parceria tem seus contornos próprios, na qual normalmente é assumido o compromisso da exclusividade sexual (item 5). Bissexuais

podem-se vincular simultaneamente por união livre (com alguém do sexo oposto) e por parceria homossexual (com alguém do mesmo sexo).

O concubinato, em princípio, não gera nenhum direito patrimonial aos concubinos. Desfeitas as relações, não pode nenhum deles exigir do outro alimentos (*RT*, 830/351) ou participação no patrimônio construído durante a existência da relação concubinária. Alguma doutrina afirma, de modo claro, que a mancebia *não* deve merecer o apoio nenhum do Estado, nem mesmo da sociedade (Azevedo, 2003:283). Mas quando o concubinato caracteriza-se como uma união livre, a tendência é que, cedo ou tarde, a jurisprudência e a lei comecem a reconhecer alguns direitos dos parceiros, tendo em vista a proteção da família que dela nasce. No Rio Grande do Sul, a Justiça atribuiu, certa vez, à concubina o direito de titular 25% do patrimônio do concubino. Os dois viviam em união livre, já que o *de cuius* era casado com outra mulher, da qual não estava separado de fato (Cahali, 2004:276/284).

Afinal, na união livre há, de um lado, pessoas que assumem o compromisso da exclusividade sexual e só não se casam ou constituem união estável porque a lei não deixa; e, de outro, as que não dão nenhuma importância a esse compromisso e adotam uma forma de família que a lei e a jurisprudência têm dificuldades de aceitar. Nos dois grupos, entretanto, os vínculos estabelecidos criam um espaço de afetividade e companheirismo para os seus membros. As

duas formas de união livre, assim, cumprem a função afetiva das famílias em geral, não havendo razões para marginalizá-las.

Concubinato corresponde às relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de se casarem ou constituírem união estável. O que antigamente era chamado de concubinato puro, com a entrada em vigor do Código Reale passou a ser referido como união estável. O antigo concubinato impuro corresponde à mancebia.

Entre a união estável e a mancebia situa-se a união livre. É

uma espécie de concubinato, quando levado em conta o conceito do art. 1.727 do CC, mas sua particularidade é a intenção dos concubinos de constituírem família.

Três, portanto, são as características da união livre: os parceiros de sexo oposto, impedimento para o casamento ou constituição da união estável e objetivo comum de criação duma família.

Pela união livre, surgem as famílias dos impedidos, isto é, as entidades familiares que a ordem jurídica prefere fazer de conta que não existem (subitem 4.1). O preconceito origina-se, *em parte*, da noção de monogamia como elemento essencial à constituição de qualquer família e, por isso, o tema da união estável putativa convém ser aqui enfrentado (subitem 4.2).

4.1. As famílias dos impedidos

A lei define que certas pessoas não podem casar-se nem

se envolver em união estável. Isso não significa que elas não se unam com o intuito de constituir família, a despeito da vedação legal. O adotante não pode casar-se, por exemplo, com quem foi cônjuge do adotado (CC, art. 1.521, III). Mas, e se acontecer de o adotante e o antigo cônjuge do adotado se unirem para a formação de uma nova família, incluindo a geração e criação de filhos comuns? O vínculo de conjugalidade entre eles não pode caracterizar-se como união estável, porque o mesmo obstáculo ao casamento também impediria a formação dessa outra espécie de entidade familiar (art. 1.723, § 1º).

Em outros termos, de pouco adianta a lei proclamar de forma peremptória que determinadas pessoas não podem constituir famílias se elas, movidas pelos seus sentimentos e interesses, acabam se unindo familiarmente. Essas uniões livres não deviam ser ignoradas pelo Direito, porque seus membros merecem a mesma atenção e proteção dispensadas às demais entidades familiares.

Talvez em torno do exemplo apresentado de início se possa obter um certo consenso quanto à necessidade de tutela das uniões livres. Afinal, a adoção não deriva de vínculo biológico, e parece mesmo um tanto exagerada a preocupação do legislador com a proibição do incesto no caso desse impedimento em particular. Eventualmente, pela mesma razão, também se poderia conseguir algum consenso relativamente às uniões livres em que é desobedecido o

impedimento fundado no parentesco por afinidade em linha reta e o do adotado com o filho do adotante (CC, art. 1.521, II e V). Mas tomemos, para argumentar, outra hipótese de vedação de casamento e de união estável, a que impede o cônjuge sobrevivente de se casar com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio de seu consorte (art. 1.521, VII). Parece um absurdo repugnante a ideia de que o viúvo (ou viúva) possa amar a pessoa que atentou contra a vida do antigo cônjuge, a ponto de querer constituir uma família com ela. Mas a vida é plena de possibilidades, e, se acontecer de eles se apaixonarem e passarem a viver conjugalmente, não creio seja mesmo o caso de ignorar o surgimento do novo núcleo familiar.

Pondo de lado — em vista da extrema dificuldade de, nesses casos, ser construído o consenso sobre a necessidade de proteção da união livre — os impedimentos diretamente ligados à proibição do incesto entre pessoas biologicamente aparentadas (CC, art. 1.521, I e IV), qual resta? O impedimento dos casados (inciso VI). Na transgressão a essa proibição de matrimônio está a principal hipótese de união livre.

Começo por lembrar que esse impedimento do matrimônio, ao contrário dos demais, *não* se estende à união estável *quando* a pessoa é separada judicialmente ou, se mantém o estado civil de casada, está separada de fato (CC, art. 1.723, § 1º). Quer dizer, o separado judicialmente não

pode casar-se, enquanto não converter sua separação em divórcio. Mas, vindo a se ligar a pessoa de sexo oposto para constituir família, caracterizar-se-á a união estável, entidade familiar sob o amparo do Estado. Por outro lado, se a pessoa ostenta o estado civil de casada, mas está separada de fato do cônjuge, embora não possa contrair novas núpcias enquanto não obtiver o divórcio direto, pode desde logo envolver-se numa união estável.

Mas, por óbvio, se nenhuma dessas condições estiver preenchida, o impedimento matrimonial estende-se à união estável. Quero dizer, se a pessoa não estiver separada, nem de fato, nem de direito, de seu cônjuge e, mesmo assim, unir-se a outrem para constituir nova família, essa união não poderá ser classificada como estável. Será, então, uma união livre.

A união livre se caracteriza por três elementos: diversidade de sexo dos parceiros, existência de impedimento matrimonial ou para a formação de união estável e intenção de criar família.

A tendência do direito de família é a de, aos poucos, atribuir às uniões livres alguma forma de amparo, tendo em vista tutelar a entidade familiar dela derivada.

No direito brasileiro, a relação monogâmica ainda é essencial à configuração do vínculo de conjugalidade. Ninguém pode manter simultaneamente dois casamentos, um casamento e uma união estável, nem duas uniões estáveis. Essa é a lei. Mas, na vida, há homens e mulheres,

pertencentes às diversas camadas sociais, que não dão tanta importância assim à exclusividade sexual. Essas pessoas se ligam em relações não monogâmicas simultâneas e, apesar do que peremptoriamente afirma a lei, *formam famílias*.

Quando nenhum dos parceiros está sendo enganado, isto é, todos têm pleno conhecimento da inexistência de exclusividade sexual e partilham da ideologia de questionamento da monogamia, a cada núcleo familiar de que participam corresponderá uma união livre. Se, porém, houver alguém sendo enganado, está-se diante de figura bem diversa, a da união estável putativa, de que se cuida mais adiante (subitem 4.2).

Penso que a lei e a jurisprudência poderiam atribuir o direito aos alimentos para o parceiro que deles necessitasse, quando desfeita a união livre. Poderiam fixar o cabimento apenas dos alimentos mínimos, mas garantir, pelo menos durante algum tempo, os necessários à sobrevivência. Penso também que alguma participação nos bens adquiridos pelo parceiro na constância da união livre poderia ser, do mesmo modo, prevista em lei ou determinada pelo Judiciário. Caberia, aqui, evidentemente algum esquema de proporcionalização da participação, em vista da quantidade de uniões livres que simultânea e publicamente mantivesse o outro parceiro. Claro está que provando ter sido certo bem adquirido em parte com a contribuição material dos dois parceiros, a união livre deverá ser dissolvida como uma

sociedade de fato, para evitar-se o enriquecimento indevido daquele em cujo nome foi o bem registrado. Para isso, aliás, não há necessidade de lei ou precedentes jurisprudenciais.

A rigor, as uniões livres têm sido amparadas nos Tribunais, quando algum ingrediente de ordem religiosa ou étnica justifica a poligamia. Assim, muçulmanos e índios têm obtido em juízo a devida proteção às uniões livres em que se envolvem. Continuam, porém, ao desabrigo aqueles que optam por essa forma de família movidos por questão ideológica ou meramente por vontade.

Em suma, das muitas funções exercidas pela família ao longo da história, a que remanesce como essencial é a afetiva — que envolve criar um espaço de companheirismo e mútuo apoio, em que aflorem as condições para o desenvolvimento da identidade e autoestima de seus membros. Se assim é, então a proteção da entidade familiar pela ordem jurídica se justifica pelo cumprimento dessa função, e não de outras. Na origem, para cumprir outras funções, a família se organizou a partir de regras como a da exclusividade sexual. Atualmente, se uma forma qualquer de relacionamento visando a constituição de família cumprir satisfatoriamente a função afetiva, interessa a toda a sociedade sua proteção. Por esse caminho seguirá a tendência de amparo à união livre.

4.2. União estável putativa

Quando alguém se envolve numa união livre, em que claramente ninguém assume o compromisso da exclusividade sexual e de organização de núcleos familiares, sabe o risco que está correndo de, ao término do relacionamento, ver não frutificarem seus pleitos de alimentos ou participação no patrimônio do parceiro. Afinal, a união livre, como espécie de concubinato, não está protegida pelo direito brasileiro. Se concordou com a falta de exclusividade sexual e a simultaneidade de famílias do parceiro, não pode reclamar do desamparo em que eventualmente ficar quando finalizada a união livre.

Mas pode acontecer de pessoa se ligar a outra, a quem de boa-fé considera desimpedido para a união estável (isto é, solteira, viúva, divorciada, separada judicialmente ou de fato), sem que isso corresponda à verdade. Por desconhecer que seu companheiro ou companheira mantém vínculo de casamento ou de união estável com outrem, essa pessoa está legitimamente autorizada a crer na regularidade da entidade familiar a que pertence.

A união estável é putativa quando um dos conviventes, de boa-fé, está legitimamente autorizado a crer que não existem impedimentos para que o outro a ela se vincule, quando isso não corresponde à verdade.

Para o companheiro induzido em erro, a situação de fato produzirá todos os efeitos da união estável, inclusive quanto ao direito aos alimentos e participação no patrimônio do outro convivente.

Há, nesse caso, o que a doutrina denomina *união estável putativa* (Pereira, 2004:45/49; Azevedo, 2003:283). A exemplo do que se verifica no casamento putativo, o convivente de boa-fé terá os mesmos direitos que titularizaria caso não existisse o impedimento para a formação da união estável. Quer dizer, pode reclamar alimentos, se deles necessitar, e tem direito à participação nos bens adquiridos pelo companheiro na constância da união, segundo os parâmetros do regime de comunhão parcial.

5. UNIÃO DE PESSOAS DO MESMO SEXO

No direito brasileiro da atualidade, não há nada mais desrespeitoso ao princípio constitucional da dignidade humana que a ausência de disciplina legal da família constituída pela união de pessoas do mesmo sexo. Os homossexuais se sentem injustiçados, e com razão, porque não podem ter os mesmos direitos que os heterossexuais, em relação aos seus parceiros no vínculo de conjugalidade.

Note que não se está falando de inacessibilidade aos direitos de conteúdo patrimonial. Em relação a estes, os institutos do direito contratual e real permitem que casais homossexuais alcancem idêntica proteção à concedida, por meio do direito de família, aos heterossexuais. A instituição de condomínio sobre os bens adquiridos durante a constância da parceria, testamento cuidadosamente

elaborado, bem como a contratação sobre a obrigação pelas despesas comuns e previsão de ajuda pecuniária, devida pelo mais abonado ao menos, nos primeiros anos seguintes ao eventual término do relacionamento — são medidas por meio das quais os interesses econômicos dos casais homossexuais ficam, de modo geral, satisfatoriamente atendidos.

O desrespeito ao princípio constitucional da dignidade humana a que leva a falta de disciplina legal dessa espécie de entidade familiar encontra-se, na verdade, no exercício dos direitos extrapatrimoniais titulados pelos cônjuges e companheiros. No enfrentamento de questões sensíveis — como, por exemplo, autorização para transplantes, cremação do corpo ou doação de órgãos após o falecimento e vocação para curadoria em caso de interdição —, nenhum negócio jurídico praticado pelos homossexuais pode garantir a equiparação aos heterossexuais. Por outro lado, como têm sido normalmente impedidos de adotar em conjunto — a despeito de julgados autorizando a adoção por casal homossexual (*RT*, 849/165) —, os direitos da paternidade são exercidos apenas por um deles, o que pode, quando findo o relacionamento, dificultar o contato entre a criança e o antigo parceiro.

Em outros termos, a falta de disciplina na lei dos direitos patrimoniais titulados pelos membros da parceria homossexual representa uma séria dificuldade, mas que pode

ser contornada. A dos direitos extrapatrimoniais, não há como superar por negócios jurídicos celebrados pelas partes diretamente interessadas. Mas é só uma questão de tempo. Cedo ou tarde, o direito brasileiro tratará do assunto, para conceder à união entre pessoas do mesmo sexo os principais efeitos que atualmente reconhece para a união estável. Em várias partes do mundo, a tendência tem sido a adoção, pela ordem jurídica, de uma solução intermediária, a meio passo entre, de um lado, a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e, de outro, a desconsideração pela lei da realidade dos enlaces homossexuais. Falo da *união civil*, que vem sendo incorporada a diversos ordenamentos jurídicos.

Em França, em 1999, a lei introduziu a figura do *pacte civil de solidarité (PACS)*, um “contrato entre pessoas físicas maiores, de sexos diferentes ou do mesmo sexo, destinado à organização da vida em comum dos contratantes”. Por meio do PACS, alguns dos direitos e obrigações derivados do casamento podem ser titulados pelos parceiros homossexuais, mas não todos. Ele não proporciona, por exemplo, o direito à adoção comum de filhos.

Outros ordenamentos jurídicos têm incorporado a união civil, como Portugal (que aboliu a diversidade sexual como requisito da união estável), Inglaterra (onde se admite o *civil partnership*) e Alemanha (*Eingetragene*

Lebenspartnerschaft).

Nos Estados Unidos, pode-se encontrar a figura jurídica de maior envergadura no arco dessas soluções intermediárias. No Estado de Vermont, no fim de 1999, a Corte Suprema declarou inconstitucional uma lei estadual que expressamente negava aos casais do mesmo sexo direitos e obrigações iguais aos derivados do casamento. Nessa decisão, o Judiciário deu duas alternativas ao Legislativo: equiparar por completo as duas hipóteses ou estatuir um regime específico para as uniões de homossexuais. Optando pela última, o Legislativo do Estado de Vermont baixou, em meados de 2000, a lei instituindo a *civil union*. A adoção de filhos comuns pelo casal do mesmo sexo é aceita, assim como todos os demais direitos extrapatrimoniais próprios do casamento de heterossexuais. Quaisquer cidadãos norte-americanos, e mesmo os estrangeiros, podem-se vincular em união civil pelas leis de Vermont, mesmo que não residam nesse Estado (Roy, 2002). Connecticut também incorporou ao seu direito a figura em 2005, mas os efeitos da união civil não se projetam naqueles estados da Federação em que não houver compatibilidade com a Constituição ou a legislação estaduais (Jaluzot, 2008:376/377).

Note que a união civil não significa, juridicamente falando, o mesmo que casamento. Este continua a representar, nas ordens jurídicas que optam pela união civil,

uma das hipóteses de conjugalidade exclusivamente entre homens e mulheres. Os únicos ordenamentos jurídicos que, em meados de 2010, admitiam o casamento independentemente da diversidade ou identidade de sexo dos nubentes eram os da Holanda (desde 2001), Bélgica (2003), Espanha, Canadá (2005) e Argentina (2010). Nos Estados Unidos, apenas em Massachusetts, considera-se existir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em razão do transcurso do prazo concedido pela Corte Suprema daquele estado para que a matéria fosse objeto de disciplina legislativa, sem que o Poder Legislativo tivesse se manifestado regularmente (Jaluzot, 2008).

A união civil de pessoas do mesmo sexo representa uma solução intermediária entre, de um lado, a admissão do casamento de homossexuais e, de outro, a inexistência de disciplina legal; ela tem sido adotada por

muitos ordenamentos jurídicos.

Enquanto o direito positivo brasileiro silencia sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência protegem a família nascida de vínculos de conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do que fez, no passado, na tutela da união estável.

Enquanto o direito positivo brasileiro continuar ignorando as famílias fundadas por casais do mesmo sexo, cabe à jurisprudência a tarefa de não as deixar ao desamparo. No passado, quando a ordem positiva nacional proclamava indissolúvel o casamento, os Tribunais, atentos aos clamores da realidade social, construíram os instrumentos de proteção da união estável. Não foi um processo célere, nem indolor, mas os membros do Poder Judiciário que se

sensibilizaram com a situação das inúmeras famílias fundadas pelos desquitados, então marginalizadas pela lei, estiveram à altura dos desafios daquele tempo. Deitando ao largo preconceitos, foram gradativamente amparando os direitos da concubina e de seus filhos. Os desafios do tempo atual são semelhantes. Em termos gerais, deve-se aplicar o regime jurídico da união estável às uniões nascidas de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em 2011, depois de alguns precedentes nesse sentido (Cahali, 2004:294/320; Pereira, 2004:69/71; RT, 849/165), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a admissibilidade, no direito brasileiro, da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Argumentando com os princípios constitucionais, o Poder Judiciário adiantou-se ao legislador ordinário e esclareceu a questão. Por meio de instrumento particular ou escritura pública, pessoas do mesmo sexo podem contratar validamente a união estável, que será equiparada, para todos os efeitos jurídicos, à de pessoas de sexos diferentes.

Em seguida à decisão do STF, os jornais noticiaram que juízes de primeiro grau haviam convertido uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo em *casamento*. Não houve recurso do Ministério Público e essas decisões transitaram em julgado. Como a Constituição Federal estimula a conversão em casamento das uniões estáveis entre homem e mulher (art. 226, § 3º), e a estas se equiparam, por força de princípios constitucionais, as uniões entre pessoas do

mesmo sexo, é decorrência lógica e jurídica da decisão do STF que o direito brasileiro também não condiciona o casamento à diferença de sexo dos cônjuges.

FILIAÇÃO

1. ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

Ter filhos é uma experiência única e, embora acompanhada de imensas dificuldades, essencialmente gratificante. Quem passa por ela no momento certo da vida, enriquece-a em muito. Como antes de transmitir conceitos e valores é preciso clarificá-los, preparar alguém para viver em sociedade importa reestruturar-se internamente. Acompanhar de perto o crescimento de novo ser da espécie, contribuindo de modo decisivo para sua formação, desperta o sentimento de responsabilidade pela preservação e renovação de uma herança cultural milenar. Mostrar o mundo para o filho é redescobri-lo nos seus perdidos detalhes: depois de crescer, a gente só se recorda que a lagarta se metamorfoseia em borboleta, e tantas coisas mais, ao falar disso com ele. Ter filhos, vivenciando intensamente

a relação, é rejuvenescer. Ao mesmo tempo, amadurece-se com a paternidade ou maternidade. Para dar conta de educar crianças e adolescentes como se deve, é preciso estabilidade emocional e psíquica. Os pais que não a têm, ganham a oportunidade de conquistá-la.

A experiência da paternidade ou maternidade não pressupõe necessariamente a geração do filho. Ela é tão ou mais enriquecedora, mesmo que a criança ou adolescente não seja portador da herança genética dos dois pais. Perceba, contudo, que são recentíssimos a aceitação dessa ideia pelas pessoas em geral e seu cultivo como valor da sociedade. A espécie humana precisou de milhões de anos de evolução e saltar do estado da natureza para o de civilização para dissociar descendência e transmissão da herança genética. Instituições fortemente enraizadas em várias culturas, como o casamento monogâmico e a família patriarcal com submissão da mulher, foram criadas com a finalidade precípua de garantir, o quanto possível, que o filho herde os genes do pai.

Há não muito tempo atrás, considerava-se *filho de verdade mesmo* apenas o nascido dentro do casamento. Isto é, havia uma hierarquia entre os filhos, em que se privilegiava o portador da herança genética de homem e mulher casados, ou que pelo menos se presumia a tivesse recebido do primeiro. Chamava-se *legítima* a essa filiação. Eram os filhos de verdade. Os havidos fora do casamento

consideravam-se *ilegítimos* e estavam divididos em *naturais*, se os dois genitores estavam desimpedidos para o casamento (eram solteiros ou viúvos), ou *espúrios*, se havia impedimento; esses últimos, por sua vez, chamavam-se *adulterinos* quando casado um dos genitores, mas não com o outro (ou os dois, mas não entre eles), ou *incestuosos*, se os pais não podiam se casar em razão de certos impedimentos (descendia um do outro, por exemplo).

O privilégio dos legítimos era tamanho que, sob a égide do Código Beviláqua, o pai, enquanto estivesse casado, não podia reconhecer filhos ilegítimos. Mesmo que quisesse, estava proibido. Como o vínculo do casamento era indissolúvel, só enviuvando ele podia ver o ato de perfilhação produzir efeitos. A outra alternativa de que dispunha para amparar, de algum modo, o ilegítimo era reconhecê-lo em testamento. Do lado do filho, apenas o ilegítimo natural tinha o direito à ação de reconhecimento de paternidade. Quando a lei, em 1942, passou a não mais proibir o reconhecimento dos adulterinos pelo pai *desquitado*, isso representou um enorme avanço para a época. Outro salto deu-se em 1949, com a permissão legal para o filho adulterino propor, desde que o demandado não estivesse mais casado, a ação de reconhecimento de paternidade. Até 1977, porém, os filhos adulterinos reconhecidos não tinham os mesmos direitos sucessórios que os legítimos e somente em 1989 admitiu-se que o homem

casado pudesse reconhecer voluntariamente o filho adúltero ou ser demandado em ação investigatória de paternidade (Wald, 2004:177/185).

Mesmo os filhos adotados não eram tratados em pé de igualdade com os legítimos, pois tinham direito, na herança, apenas à metade da quota destes últimos. Apenas em 1977 aboliu-se essa discriminação. Nascida na Antiguidade com o objetivo de garantir, para os que não tinham filhos, a continuidade da celebração de culto aos deuses domésticos e antepassados, a adoção manteve, até meados do século XX, o caráter de substituição da descendência biológica. No Código Beviláqua, quem já tivesse filhos legítimos ou legitimados não podia adotar; se, depois de iniciado o processo por um casal, sobreviesse a gravidez, a adoção não tinha prosseguimento.

Toda essa abominável discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, biológicos ou adotados, felizmente é coisa do passado. Embora ainda haja doutrina considerando de “vital importância” a distinção entre os legítimos, ilegítimos e adotivos (Venosa, 2001, 5:244), na verdade não há mais hierarquia — para a sociedade ou para a ordem jurídica — entre os filhos, sendo todos merecedores de iguais cuidados e direitos econômicos e patrimoniais. Deixaram de existir filhos de verdade, de um lado, erros e arremedos, de outro. No Brasil, no fim dos anos 1980, a lei ordinária já tinha evoluído no sentido da plena igualdade

quando a Constituição veio extirpar, de vez por todas, qualquer possibilidade de discriminação, ao dispor que “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” (art. 227, § 6º). História semelhante aconteceu em outros países, ao longo do século passado. Na Alemanha, por exemplo, a superação do tratamento diferenciado entre filhos legítimos e ilegítimos também decorreu de princípio constitucional, ao qual teve que se adaptar a lei ordinária (Boizel, 2000:823/826).

Classifica-se atualmente a filiação em quatro espécies. A finalidade da classificação é ilustrativa, destina-se unicamente a delimitar a extensão do conceito, porque, independentemente do tipo de filiação, os direitos e deveres associados à relação vertical são absolutamente idênticos.

Atento a essa advertência, pode-se distinguir a filiação em *biológica* e *não biológica*, sendo esta última subdividida em filiação *por substituição*, *socioafetiva* e *adotiva*. Na filiação não biológica, ocorre a perfilhação, isto é, os pais declaram, expressa ou implicitamente, a vontade de ter certa pessoa como filha.

A filiação é biológica quando o filho porta a herança genética tanto do pai como da mãe (subitem 1.1). Ela é natural se a concepção resultou de relações sexuais mantidas pelos genitores. Mas esse não é o único meio de

gerar filho biológico. Também pertence a essa categoria a filiação quando a concepção ocorre *in vitro*. Desde que os gametas tenham sido fornecidos por quem consta do registro de nascimento da pessoa como seu pai e mãe — ainda que esta não tenha feito a gestação, mas outra mulher (DTU — doadora temporária de útero) —, a filiação classifica-se como biológica.

Nos demais casos, isto é, se o filho não porta a herança genética de seus dois pais, a filiação é não biológica. Nessa categoria classifico também a hipótese de filiação em que apenas os gametas de um dos pais participaram da concepção. Entendo ser esta alternativa didaticamente mais elucidativa que a de considerar a filiação, nesse caso, uma espécie híbrida, quer dizer, biológica em relação ao fornecedor do gameta e não biológica relativamente ao outro pai.

A filiação por substituição provém do emprego de técnica de reprodução assistida heteróloga, em que os pais contratam os serviços médicos de concepção *in vitro*, sem pelo menos um deles fornecer o gameta. Por vezes, também ocorre a geração do filho em útero de outra mulher que não a mãe (subitem 1.2).

A filiação socioafetiva provém da relação de afeto paternal ou maternal nascida na convivência duradoura de um adulto e uma criança. Não existe, nessa categoria, vínculo biológico entre o pai ou a mãe e seu filho. Não

ocorreu tampouco a contratação pelos pais de serviços médicos de fecundação assistida (Lôbo, 2004). O amor, só ele, gerou os direitos e obrigações (subitem 1.3).

Por fim, a filiação adotiva é a estabelecida pela adoção, resultado dum processo judicial em que um adulto (ou dois adultos casados) aceita outra pessoa, geralmente criança ou adolescente, como seu filho (subitem 1.4).

Uma das questões mais intrincadas que o direito de família enfrenta, relativamente à filiação não biológica, consiste em assegurar ao filho o direito à informação genética, sem que disso decorra reconhecimento de paternidade ou maternidade excludente do vínculo familiar constituído em decorrência da responsabilidade pela fecundação, convivência ou adoção (subitem 2.2).

Outra classificação, de natureza meramente ilustrativa, separa as filiações havidas dentro e fora do casamento. A única diferença entre os filhos de uma ou de outra categoria diz respeito à distribuição do ônus de prova nas ações de reconhecimento ou negatória de paternidade (item 4). O filho havido dentro do casamento não precisa provar que é seu pai o marido da mãe; este é que tem o ônus de prova, caso pretenda liberar-se do vínculo de paternidade biológica. Já o filho havido fora do casamento tem o ônus de prova de que o homem demandado é seu pai biológico.

A filiação é biológica quando o filho porta a herança genética de quem consta como pai e mãe de seu registro de nascimento.

Pode ser natural, se a concepção derivou de relação sexual entre os genitores, ou não, quando feita in vitro.

A filiação não biológica, por sua vez, compreende aquela em que os gametas, ou mesmo um deles, não foram fornecidos pelas pessoas identificadas como pai e mãe no registro de nascimento (por substituição).

Também não são biológicas as

filiações socioafetiva e adotiva.

Mas essa classificação, assim como a que distingue entre filiação havida dentro e fora do casamento, são meramente ilustrativas.

Em qualquer caso, os direitos e deveres associados à relação de filiação (ou de paternidade ou maternidade) são idênticos.

Em suma, independentemente da espécie de filiação (biológica ou não biológica; havida dentro ou fora do matrimônio) e do tipo de família em que ela se insere (matrimonial, nascida de união estável ou monoparental), os direitos e deveres dos pais e filhos são idênticos. Parte deles está sintetizada no instituto do poder familiar (item 5).

1.1. Filiação biológica

Na filiação biológica, os pais são os genitores; as pessoas identificadas como pai e mãe no registro de nascimento foram os fornecedores dos gametas empregados na concepção da pessoa, ocorrida *in vitro* ou *in utero*.

A questão jurídica normalmente despertada pela filiação biológica *natural* diz respeito à resistência do genitor em reconhecer a paternidade, quando não está casado com a mãe. Quando o relacionamento entre os dois não é estável, a resistência pode ser legítima, em vista das incertezas nutridas pelo indigitado pai (isto é, o homem apontado pela mãe como genitor). Neste caso, se o homem resiste apenas porque honestamente não quer assumir a paternidade de rebento que não tem certeza ser dele, um simples exame em ADN resolve a questão. Confirmada a paternidade biológica, segue-se a perfilhação. Não é raro ocorrer, porém, que a recusa em reconhecer a paternidade derive tão só da vontade de não assumir qualquer encargo relativo ao sustento, criação e educação da criança. Em vista da tutela dos interesses do filho, desenvolveram-se os institutos da investigação oficiosa (subitem 2.1) e de presunções de paternidade (item 4).

Certamente, porém, é na filiação biológica *não natural* que se enfrentam as questões mais complexas. As pessoas identificadas como pai e mãe forneceram a herança genética, mas a fecundação não decorre de sexo feito por elas, e sim de assépticos procedimentos laboratoriais.

A filiação biológica não natural deriva da aplicação de técnicas de *fecundação assistida homóloga*. Nela, os gametas (espermatozoide e óvulo) são fornecidos pelos próprios contratantes do serviço, isto é, pelo homem e mulher que desejam ser pais, mas não têm conseguido a gravidez por meio de relações sexuais. Ao se submeterem a essas técnicas, eles manifestam a vontade de ter filhos, ainda que implicitamente. Mas declaram também, e aqui de modo expresso, a vontade de que os gametas e embriões excedentários crioconservados *não* sejam usados no futuro sem sua autorização.

Não se costuma questionar a legitimidade da imputação ao genitor das graves responsabilidades de pai, quando a filiação é biológica natural, porque ele teria manifestado a vontade de procriar ou pelo menos assumido os riscos da procriação, ao manter relações sexuais com a mãe. Se deixou de usar métodos contraceptivos sob seu controle, como a camisinha, ou se os que adotou não foram inteiramente eficientes, não pode posteriormente furtar-se de todas as consequências de seu ato.

Mas no caso da filiação biológica não natural, é questionável se o mesmo argumento, fundado na assunção do risco, pode conduzir igualmente à legitimidade da imputação da condição de pai. Por mais qualificadas que sejam as clínicas de fecundidade assistida, bancos de sêmen e laboratórios, erros acontecem como em qualquer outra

atividade humana. Além disso, não se pode descartar a hipótese de conluio entre a genitora e os profissionais e empregados que trabalham nessas empresas. Por várias razões, portanto, contra a vontade expressa do genitor, pode ocorrer a filiação biológica não natural.

Aliás, nesse caso, os dois gêneros estão expostos às mesmas situações. Também o genitor pode, mediante conluio com a clínica de fecundação, banco de óvulos e laboratório, e contando com os serviços de uma doadora temporária de útero, dar ensejo a uma filiação biológica não desejada pela genitora.

No Código Civil, normas pouco inspiradas estabeleceram a presunção de paternidade, no caso de fecundação artificial homóloga, em duas hipóteses. Nelas, as expressões “mesmo que falecido o marido” (CC, art. 1.597, III) e “a qualquer tempo” (inciso IV) afastam qualquer questionamento da juridicidade da filiação biológica não natural *post mortem* (Gonçalves, 2005:278). Pela letra desses dispositivos, o homem que tiver se submetido a técnica de fertilização assistida homóloga uma vez na vida pode, enquanto vivo ou depois de morto, ser pai contra sua expressa declaração de vontade. Esses preceitos, note, dizem respeito à paternidade, mas, como visto, também a mulher que tenha passado pela experiência da fertilização assistida homóloga está exposta a igual risco, de ser mãe contra sua expressa vontade, mesmo depois de morta.

Na filiação biológica, o filho porta a herança genética do pai e da mãe identificados em sua certidão de nascimento. Pode ter sido concebido numa relação sexual entre eles ou em decorrência do emprego de técnica de fertilização assistida homóloga.

A grande dificuldade que a questão suscita diz respeito, em última análise, aos direitos da pessoa gerada nesse tipo de filiação. A vontade do genitor ou da genitora expressa no sentido de não ter esse filho seria suficiente para descaracterizar a filiação? O menino ou menina assim gerado teria só mãe ou pai, dependendo de quem tivesse cometido a

geração fraudulenta? E se nenhum deles se envolveu na fraude, de quem o rebento seria filho? Do laboratório?

Pelos valores que atualmente a sociedade nutre, os filhos da fraude ou do laboratório não poderiam ser discriminados. Teriam direito ao reconhecimento da paternidade ou maternidade biológica, mesmo após o falecimento dos genitores. No futuro, em continuando seu curso o processo de despatrimonialização do direito de família, a lei talvez dê a essa questão uma solução diferente.

1.2. Filiação por substituição

Pelo estágio atual de evolução da ciência, a criação de novo ser da espécie humana depende de três coisas: espermatozoide (microgameta), óvulo (macrogameta) e útero. Aliás, só se constitui um novo sujeito de direito quando o espermatozoide fecunda o óvulo e o embrião assim formado aloja-se no útero de uma mulher. Enquanto é só embrião *in vitro*, não há sujeito de direito, mas simples coisa, cujas células-tronco podem, mediante autorização dos genitores, ser destinadas à pesquisa ou terapia quando inviáveis ou após três anos de congelamento (Lei n. 11.105/2005, art. 5º).

Antigamente, quando duas pessoas casadas queriam ter filhos, só havia uma possibilidade: o esposo fornecia o espermatozoide e a esposa, o óvulo e o útero, numa relação sexual. Mas quando qualquer um desses três elementos (espermatozoide, óvulo e útero), por qualquer razão natural,

não estava apto a cumprir sua função no processo reprodutivo da espécie humana, frustrava-se o desejo de fazer descendência. Inúmeros casais amarguravam o fracasso, em pouco podendo ajudar a medicina no tratamento das disfunções originárias dessa dor.

Hoje em dia, a ciência médica permite muitas outras combinações além do fornecimento do microgameta pelo esposo e do macrogameta e útero pela esposa, para que os casados possam ter filhos. São elas:

1ª) O esposo fornece o espermatozoide, a esposa o óvulo e outra mulher, o útero (DTU — doadora temporária de útero). Nesse caso, a filiação não é por substituição, mas biológica não natural, por decorrer do emprego de técnicas de fecundação assistida homóloga. As principais questões jurídicas ligadas a essa forma de reprodução assistida foram já examinadas (subitem 1.1). Mas falta tratar da doação temporária de útero, conhecida vulgarmente como “barriga de aluguel”, o que será feito adiante (subitem 1.2.2).

2ª) O esposo fornece o espermatozoide, e outra mulher que não a esposa fornece o óvulo (mãe de substituição ou “doadora genética” — DG) e o útero (DTU). Aqui, a técnica empregada na fecundação é uma das de fertilização assistida heteróloga, porque a mãe que constará do registro de nascimento não forneceu o gameta. A gestação, nessa possibilidade, é feita também por mulher diversa.

3ª) O esposo fornece o espermatozoide, outra mulher

que não a esposa o óvulo (DG) e uma terceira, o útero (DTU). Não coincidem, aqui, as doadoras genética e temporária do útero. Trata-se de esquema que contribui para a redução das sérias implicações psicológicas envolvidas na questão. Como a mulher que gera não fornece o gameta e a que o fornece não responde pela geração, presume-se que os vínculos psicológicos entre as doadoras e o nenê tendem a ser menores, contribuindo para reduzir os conflitos de interesses.

4ª) A esposa fornece o óvulo e o útero e outro homem que não o esposo, o espermatozoide. Também se trata de fecundação assistida heteróloga. Da hipótese cuida, de forma transversa, o Código Civil, ao exigir a prévia autorização daquele que figurará como pai na certidão de nascimento, para presumir-se a paternidade dele (CC, art. 1.597, V).

5ª) A esposa fornece o óvulo, outra mulher o útero (DTU) e outro homem, o espermatozoide. Uma vez mais, a técnica empregada é de fecundação assistida heteróloga. No dispositivo mencionado acima, a lei, no emaranhado da complexa questão, preocupou-se apenas em presumir a paternidade do homem que consta como pai da certidão de nascimento, se ele deu prévia autorização à inseminação da DTU com o óvulo da esposa.

6ª) A esposa fornece o útero, o espermatozoide é fornecido por outro homem que não o esposo, e o óvulo, por

outra mulher que não a esposa (DG).

7ª) O espermatozoide é fornecido por outro homem que não o esposo e o óvulo e útero, por outra ou outras mulheres que não a esposa. Nesse caso, pai e mãe não participam *biologicamente* da filiação.

Nem todas essas possibilidades teoricamente abertas à ciência são aceitáveis sob o ponto de vista da ética profissional. Na última, por exemplo, descabe a reprodução assistida e os cônjuges são aconselhados a adotar uma criança. Se não fornecerão nenhum gameta, nem a mulher vivenciará a experiência da gravidez, será melhor para eles, e para a sociedade, a adoção de criança abandonada ou desamparada. A reprodução assistida, nesse caso, visaria unicamente atender à necessidade psicológica de ter sido do casal a iniciativa de conceber e gerar o novo ser. Essa vontade não pode ser prestigiada pela ética, enquanto houver gente concebida, gerada e nascida precisando de pais.

Os médicos estão sujeitos à responsabilização profissional, inclusive com a cassação do registro, se adotarem procedimentos não autorizados pela Res. n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, que disciplina a reprodução assistida. Essa regulamentação de ética profissional limita as iniciativas e, embora não vincule senão os médicos, acaba tendo o sentido de norma geral, porque, em tese, ninguém consegue ser pai ou mãe com o emprego

de técnica de reprodução assistida, senão com o concurso de médico atento à deontologia de seu mister.

Em todas as combinações acima, independentemente da ascendência biológica ou do processo gestacional, esposo e esposa serão os pais da criança assim concebida e gerada. Em outros termos, são pais, para fins jurídicos, os *contratantes* dos serviços de fertilização assistida com doação de gameta masculino, feminino ou de ambos, com ou sem gestação por substituição. Aqueles que procuraram uma clínica de fertilização e contrataram os serviços médicos com o fim específico de ter filho são os pais do nenê que vier ter à luz, para todos os fins de direito. O nome deles, e não dos doadores genéticos ou da doadora temporária do útero, é que deve figurar na certidão de nascimento.

Quem não consegue ter filhos por meio natural pode se submeter a técnica de reprodução assistida, que se realiza pela doação de gameta ou temporária de útero.

O contratante dos serviços médicos será, para todos os fins de direito, o pai ou mãe da pessoa que vier à luz por sua iniciativa.

Por razões de ordem didática, tratei até aqui do desejo de homem e mulher casados terem filhos. Mas o que se disse a respeito deles pode ser inteiramente aplicado às demais situações jurídicas, como a união estável (entre pessoas de sexos diferentes ou iguais), o casamento homossexual ou a família monoparental, paterna ou materna.

1.2.1. Autorização da fecundação heteróloga

A lei brasileira, como já ressaltado, não disciplina sistematicamente a questão da filiação por substituição. Mas tangencia o tema ao dispor sobre as presunções de paternidade, em que acaba por estabelecer certas condições legais para o emprego de técnica de fertilização heteróloga.

O art. 1.597, V, do CC estabelece a presunção de paternidade para os filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga”, se houve “prévia autorização do marido”. Não é necessário, note, que a autorização seja escrita, porque a lei não exige forma específica. Nos Estados Unidos, exige-se o consentimento escrito dos dois cônjuges, mas entre nós basta que o marido tenha adotado comportamento incompatível com a discordância relativamente à implantação no útero de sua mulher de embrião fecundado por espermatozoide de outro homem, para que se considere autorizado por ele o procedimento médico (Lobo, 2004:509/510). Se sempre acompanhou a esposa ou convivente à clínica, custeou o tratamento, ou parte dele, estava autorizando a filiação por substituição.

A autorização só é eficaz enquanto existir o vínculo de conjugalidade entre os contratantes dos serviços de reprodução assistida. Vindo a falecer quem deu a autorização ou ocorrendo a ruptura do casamento ou união estável por qualquer outro motivo, cessa a presunção de paternidade. Se a mulher contratar a implantação do embrião

em seu útero, ou no de uma DTU, será somente dela o filho assim gerado. Como o inciso V do art. 1.597 do CC não menciona, ao contrário dos incisos III e IV, que tratam da reprodução assistida homóloga, “qualquer tempo” ou “morte do marido”, deve-se considerar que a lei legitima a procriação artificial heteróloga, por substituição do gameta masculino, só enquanto o marido ou companheiro, cujo nome seria lançado no assento civil da pessoa assim concebida como pai, for vivo e conjugalmente ligado à mãe (Welter, 2003:101 e 212/214). Não se admite, em outros termos, a filiação *post mortem* senão na hipótese de reprodução assistida homóloga.

Em razão do princípio constitucional da igualdade, as mesmas condições devem ser observadas também no caso de filiação por substituição do gameta feminino. Ela não pode ser feita sem a autorização da esposa ou convivente, ou depois do falecimento dela ou desconstituição do vínculo conjugal. Evidentemente, se ela se submete ao implante, em seu útero, do embrião derivado da fecundação de óvulo de outra mulher por espermatozoide de seu marido ou convivente, estará dando seu mais completo assentimento à heterologidade da filiação. Claro está, por outro lado, que a hipótese de reprodução assistida com substituição do óvulo, na falta de autorização da mulher cujo nome constará do assentamento civil como mãe, ou depois de sua morte ou desligamento do pai, depende

necessariamente de DTU. Ou seja, esta hipótese tende a ser bem menos frequente do que a de utilização de microgameta substituto, com o objetivo de imputar a paternidade a quem anteriormente dera (embora, em outras circunstâncias) a autorização para a fecundação assistida heteróloga.

A fertilização assistida heteróloga depende de autorização do pai ou mãe, dependendo de quem tenha tido o gameta substituído.

Essa autorização só é eficaz enquanto existir o vínculo de conjugalidade com o outro contratante dos serviços de reprodução assistida.

Pois bem, e se ocorrer a reprodução assistida heteróloga sem a devida autorização e eventualmente com desrespeito à norma ética, de quem será o filho?

No caso de substituição não consentida do gameta masculino, em vista do princípio do anonimato da doação genética, essa criança será registrada somente no nome da mãe. Integrará, junto com a mulher que tratou de sua concepção (e eventualmente também geração) artificial, uma família monoparental, mas não terá direito ao reconhecimento de paternidade.

Já na substituição não consentida do gameta feminino, a questão é um tanto mais complexa, porque a doadora temporária do útero não deve ser considerada a mãe da criança. Sua participação na reprodução assistida limitou-se a proporcionar o ambiente natural necessário à gestação. Ela pode nem ser a doadora genética, tendo sido o macrogameta aproveitado de banco de óvulos, ao amparo do princípio do anonimato. Entendo que a resposta mais adequada, por mais estranha que pareça, é a mesma dada à questão anterior. O rebento integrará uma família monoparental, constituída junto com o adulto que havia contratado os serviços de reprodução assistida. Essa criança deve ser, então, registrada apenas com a identificação do pai e não terá direito ao reconhecimento da maternidade.

1.2.2. Doação temporária de útero

De acordo com o item VII da Res. n. 1.957/2010-CFM, a doação temporária de útero (“aluguel de barriga”) só pode ocorrer se a mãe não tiver condições, por razões médicas, de abrigar a gestação do embrião. Somente se a contratante dos serviços de reprodução assistida tiver problema médico que impeça ou contraindique a gestação, poderá ser o embrião implantado no útero de outra mulher. Mesmo que não tenha sido ela a fornecedora do óvulo, tendo saúde para a gravidez, o implante será obrigatoriamente feito no útero da usuária, isto é, da mulher contratante dos serviços médicos.

A doadora do útero, quando permitida a doação, deve ter, em princípio, parentesco até segundo grau com a mulher contratante dos serviços de reprodução assistida. Quer dizer, ela deve ser sua mãe, avó, irmã, sogra (ou mãe do companheiro) ou cunhada (ou irmã do companheiro). Não havendo esse vínculo de parentesco, o médico deve antes pedir a autorização do Conselho Regional de Medicina a que estiver vinculado.

Outra determinação da regulamentação profissional da reprodução assistida relacionada à DTU é a proibição de a doadora ter, com seu ato, qualquer lucro. Podem e devem os contratantes do serviço de fertilização artificial ressarcir as despesas que a gravidez trará para a doadora, assim como indenizá-la por algum prejuízo que o estado de grávida lhe acarrete, como a dificuldade de encontrar emprego. Mas a regulamentação não permite qualquer remuneração pelo

serviço prestado.

Pelas normas baixadas pelo Conselho Federal de Medicina, não é admissível a doação temporária de útero (DTU) com finalidade lucrativa e por quem não seja, em princípio, parente até segundo grau da mulher contratante dos serviços de reprodução assistida.

Essas limitações não se encontram na lei, não vinculando, por essa razão, os casais. Sua inobservância pode, no máximo, levar à responsabilização

profissional do médico responsável.

Essas limitações de ordem ética, como dito, não vinculam senão os médicos. Apenas eles estão sujeitos ao poder normativo do Conselho Federal de Medicina e expostos a sanções no caso de desobediência. Pela ordem constitucional vigente, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Desse modo, não se pode dizer propriamente que os casais estão proibidos de contratar a DTU de modo diverso do previsto na norma deontológica do CFM. Como, em princípio, eles terão dificuldades de encontrar alguma clínica de fertilização disposta a atendê-los fora dos padrões desta regulamentação, na prática é como se essa norma ética fosse legal.

No meu modo de entender a questão, não é injurídico o contrato de prestação de serviços de gestação, inclusive quando prestado de forma remunerada por mulher sem vínculo de parentesco. Qualquer trabalho, manual ou intelectual, importa ao trabalhador dar algo de si, de seu corpo, de suas energias para o contratante. Não há nenhuma diferença, sob esse ponto de vista, entre o advogado que vara a madrugada redigindo a minuta de contrato para

atender ao prazo combinado com o cliente e a mulher que se propõe a gerar em seu ventre o filho da contratante. Evidentemente, a questão é bastante polêmica, e predomina na doutrina o entendimento contrário à validade desse contrato (Leite, 1995:401/419).

Tenho para mim também que a mulher saudável, com plenas condições orgânicas para gerar uma criança, tem também o direito de contratar a DTU. Ela pode ter interesse em contratar a gestação de seu filho biológico por outra mulher, porque não lhe agrada ou convém ficar grávida. É irrelevante o motivo pelo qual deseja ser mãe sem parir: a gravidez pode atrapalhar sua carreira profissional ou alterar-lhe o corpo de maneira não querida (cf. Araújo, 1999:29/31). Na disciplina legal da matéria, esse interesse deveria ser amplamente protegido. Trata-se de manifestação do direito de personalidade referente ao próprio corpo, por ela titulado, que a lei não pode ignorar. Para a sociedade, por outro lado, é igualmente útil que não só a maternidade como a gravidez sejam atos conscientes das mulheres, respeitando-se as decisões que adotam. Sob a perspectiva do filho, a gravidez indesejada da mãe pode lhe acarretar problemas psicológicos, que a DTU contribuiria para evitar.

1.2.3. Anonimato do doador de gameta

Em novembro de 2005, a revista britânica *New Scientist* publicou a história de um jovem de 15 anos que descobriu o

nome do doador do gameta masculino empregado em sua fertilização assistida, usando apenas as informações de seu próprio ADN, a data e local de nascimento do doador e dados genealógicos disponíveis na internet. O impressionante da história é que todas as medidas de preservação do anonimato da doação haviam sido fielmente adotadas. Nenhum dos trabalhadores do banco de sêmen deixou de cumprir rigorosamente com suas funções, observando com perfeição todos os procedimentos e cautelas exigidos para preservar anônimo e desconhecido o doador, mas isso não foi o suficiente para impedir que o filho o encontrasse. E de um modo lícito e surpreendentemente simples.

O jovem, tendo em mãos suas informações genéticas, obtidas por teste de ADN em saliva, disponibilizou-as num *site* genealógico, que faz o cruzamento desses dados de seus usuários. Esse *site* é procurado por pessoas interessadas em localizar parentes, ampliar os contatos dentro da família ou conhecer suas raízes. A informação genética do doador não constava do banco de dados do serviço *online*. Nove meses depois, contudo, o jovem foi procurado por dois outros usuários, cujos cromossomos Y coincidiam com os dele. Havia a probabilidade de 50% de provirem os três do mesmo pai, avô ou bisavô. Os sobrenomes desses outros usuários eram parecidos, embora possuíssem grafia ligeiramente diversa.

A mãe dele, para escolher o sêmen, havia obtido do banco algumas informações genéricas sobre os potenciais doadores. Eram dados que, até então, seriam insuficientes para nortearem, por eles apenas, qualquer investigação. A data e local do nascimento do doador estavam entre as informações fornecidas. O jovem, então, buscou em outro *site* a lista de todas as pessoas nascidas no mesmo lugar e data que o seu genitor. Só um homem tinha o sobrenome de seus parentes biológicos, conhecidos por meio do primeiro *site*. Dez dias depois, o jovem teria feito contato telefônico com o doador do espermatozoide usado em sua concepção.

A divulgação dessa notícia preocupou os profissionais envolvidos com a reprodução assistida. A garantia do anonimato da doação de esperma e óvulo é condição indispensável para estimular as doações. A mostra da cabal impotência dos bancos de gametas em preservar o anonimato do doador certamente refreou algumas iniciativas. Se em 2005 um cidadão de país central do capitalismo, com um pouco de sorte, conseguiu chegar facilmente ao genitor, em algumas décadas, será impossível impedir, em qualquer parte do mundo, que os filhos gerados por substituição de gameta encontrem os respectivos doadores.

A doação de espermatozoide ou óvulo deve ser feita sem intuito lucrativo (princípio da gratuidade) e sem identificação do doador (princípio do anonimato).

Mesmo que, apesar das cautelas adotadas na preservação do anonimato do doador, a pessoa gerada por substituição de gameta venha a encontrar o genitor ou genitora, estes últimos não podem ser considerados juridicamente pai ou mãe dela.

A Res. n. 1.957/2010-CFM enuncia dois princípios fundamentais para a doação de gametas: a gratuidade e o anonimato (item IV). Pelo primeiro, não se admite nenhuma remuneração ao doador de material genético. Além de ser considerada contrária à ética a comercialização de partes do corpo, a possibilidade de lucro com o fornecimento de esperma ou óvulo levaria pessoas necessitadas a fazerem mais doações, sem proveito nenhum para o sistema, em vista da limitação do emprego de material genético doado (na região da clínica, centro ou serviço de reprodução assistida, gametas de um mesmo doador só podem ser utilizados no máximo em uma gestação, numa área de um milhão de habitantes).

O princípio do anonimato busca impedir que os doadores conheçam a identidade dos receptores e estes, a daqueles. Trata-se de garantia para as duas partes; nenhuma delas pode ser perturbada por pleitos da outra. O sigilo sobre a identidade dos doadores e receptores é absoluto, autorizado o fornecimento de informações disponíveis acerca dos primeiros exclusivamente a médicos, e por razões médicas. Desse modo, o ginecologista que cuida de paciente concebido por técnica de fertilização assistida heteróloga pode necessitar, para definir a estratégia do tratamento, de informações genéticas do fornecedor do gameta substituto. Terá acesso aos dados disponíveis no banco de gametas, mas não à identidade dele.

O sigilo da identidade do doador só pode ser quebrado por ordem judicial. O juiz, no entanto, só deve requisitá-la ao banco de gametas em situações especialíssimas. Não cabe, por exemplo, a quebra da identidade do doador ou doadora a pedido do filho interessado em atribuir-lhe a paternidade ou maternidade. Ele possui pai e mãe que desde cedo o queriam com tanta intensidade que foram buscar ajuda médica. Quer dizer, o interessado não é ninguém desamparado e desamado. Do outro lado, não há alguém procurando furtar-se de suas responsabilidades. O doador limitou-se a ajudar *desinteressadamente* pessoas desconhecidas, não tendo em nenhum momento manifestado a menor intenção de se tornar, sob o ponto de vista jurídico, pai ou mãe da pessoa concebida com seu material genético (cf. Veloso, 1997:152/153). A tendência da despatrimonialização do direito de família recomenda, por fim, que filho por substituição não tenha direito de investigar a paternidade biológica.

Além do desrespeito completo à vontade do doador e aos sentimentos daquele que consta como pai ou mãe da certidão de nascimento, a admissão pela jurisprudência da quebra do anonimato da doação para fins de reconhecimento de paternidade ou maternidade importaria o mais absoluto descrédito de um dos princípios básicos da reprodução assistida. Sem a garantia mínima do anonimato — que, como mostra o caso narrado na *New Scientist*, está

cada vez mais vulnerável —, é provável que se reduza ainda mais o já pequeno interesse em doação de gameta. Por isso, para a sociedade em geral não interessa o conhecimento, pelo filho nascido de filiação por substituição, da identidade do genitor ou genitora, nem o reconhecimento judicial da paternidade ou maternidade.

Em que caso especialíssimo, então, caberia a quebra do sigilo da identidade do genitor ou genitora? Ela caberá quando informações acerca do doador, úteis ou necessárias ao tratamento da saúde de qualquer pessoa de sua descendência biológica, não existirem nos arquivos do banco de gametas. Neste caso, o juiz pode determinar seja revelada a identidade do doador, para que o dado auxilie encontrar o homem ou mulher que fornecera o material genético e possam ser, enfim, obtidas aquelas informações.

1.3. Filiação socioafetiva

A filiação socioafetiva constitui-se pelo relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, que, sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha à de pai ou mãe e seu filho. Se um homem, mesmo sabendo não ser o genitor de criança ou adolescente, trata-o como se fosse seu filho, torna-se pai dele. Do mesmo modo, a mulher se torna mãe daquele de quem cuida como filho durante algum tempo.

Nessa espécie de filiação, entrecruzam-se duas

verdades. De um lado, a verdade biológica, pela qual o filho sabidamente não porta a herança genética do pai ou mãe. De outro, a verdade socioafetiva, manifestada por condutas do adulto em relação à criança ou adolescente, na intimidade da família e nas relações sociais, que se assemelham às de qualquer outra filiação. Nessa espécie de filiação, a verdade socioafetiva prepondera sobre a biológica (Fachin, 2003a:22/30). Se o marido ou companheiro da mãe sabe não ser o genitor do filho dela, mas o trata como se fosse o pai, do vínculo de afeto surge o da filiação. Igualmente, se a esposa acolhe o filho que o cônjuge teve em relacionamento extraconjugal e o cria e educa como dela, vira mãe do rebento. Muitas vezes, nessas situações e noutras típicas de filiação socioafetiva, não há discrepância entre o contido no registro de nascimento do filho e a situação de fato. O marido ou companheiro da mãe declara-se o pai no registro de nascimento. Em outros termos, o casal *simula* a adoção (ou, como se diz, faz a adoção “à brasileira”) do filho havido pelo esposo fora do casamento. Quer dizer, o registro normalmente confere com a realidade social, embora não com a genética.

Veja que a preponderância da verdade socioafetiva sobre a biológica não tem sido prestigiada na solução de conflitos de interesses de natureza diversa. No caso de troca de bebês na maternidade, por exemplo, a jurisprudência tem resolvido a questão dando à verdade biológica maior relevo

que à socioafetiva, ao determinar a destroca para que cada filho volte às mãos dos seus genitores.

Surgida a filiação do afeto, a ela se ligam tanto os pais como o filho.

O pai deixa de ter o direito à negatória de paternidade fundada na inexistência de transmissão de herança genética. Se, sabendo não ser o genitor, cuidou de alguém como se fosse seu filho, não pode mais renegá-lo fundado na verdade biológica. O conceito de filiação socioafetiva tem sido adotado, na jurisprudência brasileira, predominantemente com o objetivo de impedir que o homem, depois de anos se portando como pai de alguém, por razões que normalmente não dizem respeito direto ao relacionamento paternal (rompimento com a mãe, novo casamento ou união estável etc.), pretenda se exonerar de responsabilidades patrimoniais. Com esse desiderato, na Alemanha, desde 2004, a lei dispõe sobre a paternidade socioafetiva. Na Itália, França e Espanha, a noção de *posse do estado de pai* tem sido empregada para obstar ações de contestação de paternidade (Frank, 2005:85/97).

Por ser incomum a negatória de maternidade, não se tem notícia ainda do emprego da noção de filiação socioafetiva para fins de afastar a pretensão da mulher de não cumprir suas obrigações de mãe. Ela, porém, está igualmente vinculada ao filho por força do afeto cultivado entre os dois, como estaria um homem na mesma situação.

A filiação socioafetiva constitui-se pela manifestação do afeto e cuidados próprios das demais espécies de filiação entre aquele que sabidamente não é genitor ou genitora e a pessoa tratada como se fosse seu filho.

Note, contudo, que a filiação socioafetiva também vincula o filho. Se não está desamparado economicamente, ele não tem o direito de invocar a verdade biológica para demandar o reconhecimento da paternidade ou maternidade, em desrespeito aos cuidados e amor recebidos de seu pai ou mãe socioafetivo.

Entenda-se bem a implicação jurídica da filiação socioafetiva para o descendente. Se ele precisa de alimentos, porque não os pode prover o pai ou mãe socioafetivo, então, mediante anuência deste último, poderá intentar a ação de

reconhecimento de paternidade ou maternidade com o objetivo de obrigar o genitor ou genitora a pagá-los. Mas, se tem sido satisfatoriamente alimentado, cuidado e educado pelo pai ou mãe socioafetivo, não poderá propor contra o genitor ou genitora a ação de reconhecimento de paternidade ou maternidade, ainda que o seu padrão de vida pudesse experimentar, a final, sensível melhora. A tendência da despatrimonialização do direito de família conduz o conceito de filiação socioafetiva para essa implicação (cf. Welter, 2003:164/1173).

O filho vinculado à filiação socioafetiva titula o direito de conhecer sua ascendência genética, para fins médicos (cf. Zanellato, 2004). Poderá, assim, demandar a pessoa que provavelmente é seu genitor ou genitora, para que ela se submeta a exame em ADN confirmatório ou desconfirmatório das informações de que dispõe sobre sua ancestralidade. Provada em juízo a razoabilidade da suspeita de ser o demandado o genitor (ou genitora) do demandante, o juiz poderá condená-lo, sob pena de multa periódica, a fazer o exame com o único objetivo de, uma vez confirmada a vinculação biológica, proporcionar ao autor da ação o acesso a informações úteis ao tratamento da própria saúde ou de sua descendência. O direito à informação genética é autônomo em relação ao do reconhecimento de paternidade ou maternidade.

1.4. Adoção

A adoção é processo judicial que importa a substituição da filiação de uma pessoa (adotado), tornando-a filha de outro homem, mulher ou casal (adotantes). Ela está regida, no direito positivo brasileiro, pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA), quando o adotado tem até 12 anos de idade incompletos (*criança*) ou entre 12 e 18 anos de idade (*adolescente*) (CC, art. 1.618). Sendo maior de 18 anos o adotado, a adoção dependerá da assistência efetiva do Poder Público e de sentença judicial, aplicando-se subsidiariamente o ECA (CC, art. 1.619).

Quando o Código Civil entrou em vigor, em 2003, contemplava disposições sobre a adoção não inteiramente compatíveis com as do ECA, dando ensejo a dúvidas sobre a vigência desse estatuto. A doutrina concluiu, na oportunidade, que o Código Civil, por conter normas de caráter geral, não havia revogado o ECA, lei especial para a infância e adolescência (Fachin, 2003:239; Grisard Filho, 2003). Somente em 2009, espancaram-se todas as dúvidas, com a edição da Lei n. 12.010/2009, que revogou as disposições específicas do Código Civil sobre adoção, mantendo nesse diploma apenas remissões genéricas e supletivas ao ECA.

A adoção é, no direito brasileiro, uma medida excepcional. Quando a situação da criança ou adolescente reclama intervenção do Estado, deve-se priorizar sua

manutenção na família natural ou extensa. Apenas quando constatada a inviabilidade dessa medida, pode-se cogitar de adoção da criança ou do adolescente por família substituta.

Em princípio, a adoção rompe completamente os vínculos do adotado com seus pais e parentes consanguíneos, atribuindo-lhe a situação de filho do adotante, para todos os fins. Nem mesmo a morte dos adotantes restabelece a filiação biológica dissolvida pela adoção (ECA, art. 49). O impedimento matrimonial é o único vínculo que remanesce entre, de um lado, o adotado e, de outro, seus pais e parentes biológicos (ECA, art. 41). O adotado continua não podendo se casar com a antiga irmã, por exemplo.

A adoção só não desfaz os vínculos de filiação e parentesco anteriores quando o adotante é cônjuge ou convivente do pai ou mãe do adotado (ECA, art. 41, § 1º). Nesse caso, o rompimento é parcial, e diz respeito apenas ao vínculo de filiação mantido com o ascendente do mesmo sexo do adotante. Quer dizer, se o esposo adota o filho da esposa (ou o companheiro o da companheira), o adotado rompe o vínculo de filiação com o pai consanguíneo, mas continua filho de sua mãe biológica. Do mesmo modo se a esposa adota o filho do esposo (ou a companheira o do companheiro), desfaz-se a filiação com a mãe consanguínea, mas ela é preservada em relação ao pai.

Rompidos, total ou parcialmente, os vínculos com seus

genitores e parentes, o adotado passa a ser, para todos os efeitos legais, filho do adotante (ou dos adotantes). Isso significa que fica submetido ao poder familiar titulado por esse último, mas tem direito aos alimentos e de participação na sucessão. Não há, como já mencionado, nenhuma diferença entre o filho por adoção e o de qualquer outra espécie de filiação ou perfilhação.

Uma das manifestações do surgimento de novo vínculo de filiação em substituição ao consanguíneo é a troca do sobrenome dos genitores do adotado pelo do adotante, bem assim a possibilidade de escolha de um novo prenome tanto pelos adotantes como pelo próprio adotado. Se a mudança do prenome é iniciativa dos adotantes, o adotado deve ser ouvido (ECA, art. 47, § 5º).

A idade mínima para alguém adotar é 18 anos (ECA, art. 42, *caput*).

A adoção de crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (entre 12 e 18 anos), regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é medida excepcional, cabível apenas se frustrada a manutenção deles na família natural ou extensa.

A adoção pode ser *nacional* (subitem 1.4.1) ou *internacional* (subitem 1.4.2), segundo o domicílio dos adotantes se situe no Brasil ou no exterior.

1.4.1. Adoção nacional

Os requisitos para a adoção nacional de criança ou adolescente são cinco: a) inviabilidade da manutenção na família natural ou extensa; b) vantagens para o adotado e legitimidade dos motivos do adotante; c) consentimento dos pais do adotando e, sendo adolescente, também o dele; d)

sentença deferindo a adoção, proferida em processo judicial, após o obrigatório estágio de convivência do requerente e o menor; e) capacidade e legitimidade do adotante.

Inviabilidade da manutenção na família natural ou extensa. A criança e o adolescente devem crescer e se preparar para a vida adulta no seio de sua família natural. É esta a melhor alternativa para sua formação psicológica, por menos preparados que estejam os integrantes da família natural para a tarefa. Não se mostrando viável a manutenção das crianças e adolescentes no âmbito da família natural, deve-se priorizar a integração à família extensa (ou *ampliada*), assim considerada a constituída por parentes próximos, com os quais a criança ou o adolescente conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade (ECA, art. 25, parágrafo único).

Somente depois de demonstrada a inviabilidade da inserção da criança ou adolescente numa família extensa, pode ser deferida a sua adoção por família substituta.

Vantagens para o adotado e legitimidade dos motivos do adotante. O requisito mais importante da adoção diz respeito às vantagens para o adotado e legitimidade dos motivos do adotante (ECA, art. 43).

A criança ou adolescente deve experimentar, com a adoção, uma mudança substancial de vida e para melhor. A mudança pode não ser econômica e patrimonial, mas desde que seja palpável, justifica-se a medida. Se o menor

continuar desamparado ou piorar sua condição material, a adoção não poderá ser concedida.

Também os motivos que levaram os adotantes a requerer a adoção devem ser investigados pelo Poder Judiciário. É legítimo casais sem filhos procurarem os serviços de adoção para preencher essa grave lacuna em suas vidas. Mas não há legitimidade, por exemplo, se o objetivo é simplesmente contar com alguém que ajude nas tarefas domésticas e venha a contribuir com parte dos ganhos de seu trabalho para a manutenção dos adotantes. Ajudas e contribuições materiais podem existir, quando espontâneas durante a menoridade do adotado, mas nunca podem ser o objetivo da adoção. Havendo dúvidas quanto à sinceridade e absoluto desinteresse material do pleito dos adotantes, a adoção não pode ser concedida.

O requisito mais importante para a adoção é a vantagem para o adotado e a legitimidade da motivação do adotante.

Consentimentos. Os pais biológicos da criança ou adolescente, ou seus representantes legais, devem consentir com a adoção. Se os dois genitores estão mortos, o consentimento deve ser dado pelo tutor da criança ou adolescente, observada a ordem legal de nomeação. Dispensa-se o consentimento dos pais ou representantes legais em duas hipóteses somente: se forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do poder familiar sem a nomeação de tutor (ECA, art. 45).

Se for o adotando adolescente (tiver mais de 12 anos), o seu consentimento também será obrigatório (ECA, art. 45, § 2º). A partir da adolescência, a vontade do menor passa a ser decisiva para a constituição do vínculo de filiação por adoção.

Na adoção de criança ou adolescente, o consentimento manifestado no processo judicial é irrevogável. Os prejuízos emocionais para o menor seriam enormes se os pais ou o representante legal dessem o consentimento e depois, antes da sentença concessiva da adoção, o retirassem. Por isso, o ECA não confere nenhuma eficácia à retratação dos pais ou representante legal.

Outro requisito diz respeito ao consentimento dos pais naturais (ou do tutor) do menor adotando, bem assim a dele, se tiver já alcançado a adolescência.

Processo judicial e estágio de convivência. Exatamente para que seja atendido o requisito fundamental da adoção, de trazer vantagens para o adotado e fundar-se em motivos legítimos do adotante, a Constituição Federal determina que a adoção seja “assistida pelo Poder Público” (art. 227, § 5º). Esse preceito constitucional foi interpretado de modo tão sério pela lei, que atribuiu a competência para cuidar do assunto ao Poder Judiciário, ao invés de deixá-lo, como poderia, a cargo de repartições do Poder Executivo. Para desincumbir-se adequadamente de suas funções, o Poder Judiciário deve organizar, em cada comarca ou foro regional, o cadastro das crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e o de pessoas interessadas em adotar. A inscrição nesses cadastros depende de prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado da Infância e da Juventude e ao

Ministério Público (ECA, art. 50).

Quem pretende adotar certa pessoa, assim, deve propor a ação judicial correspondente, requerendo a adoção. O processo judicial é indispensável, segundo o direito brasileiro, para a constituição do vínculo de filiação entre adotante e adotado. Nele, os adotantes não poderão fazer-se representar por procurador, por ser vedada a adoção por mandatário (ECA, art. 39, § 2º), devendo praticar os atos que lhes cabe pessoalmente.

Feito o requerimento, o juiz fixa, em função das peculiaridades do caso, a duração que deve ter o estágio de convivência entre as partes. O objetivo dessa importante fase do processo de adoção é proporcionar uma mostra de como será a vida em família depois da adoção, de modo a verificar se há a compatibilidade entre as pessoas envolvidas que mostrem a conveniência da medida. O estágio de convivência pode ser dispensado pelo juiz apenas se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que se avalie a conveniência da adoção (ECA, art. 42, § 6º).

Tendo em mãos o relatório do estágio de convivência, e ouvindo as partes (adotante, adotado adolescente, pais ou representantes legais do adotado), o juiz, se convencido de que a adoção trará benefícios ao menor e são legítimos os motivos do requerente, profere a sentença constitutiva do vínculo de filiação. Os efeitos da adoção dão-se com o

trânsito em julgado da sentença concessiva (ECA, art. 47, § 7º).

Os nomes dos adotantes e de seus ascendentes serão lançados no registro civil do adotado como pais e avós, cancelando-se o registro original (ECA, art. 47 e §§ 1º e 2º). O mandado judicial ficará arquivado em cartório, mas dele não se dará certidão, a não ser por determinação do juiz para salvaguarda de direitos; igualmente não se fará nenhuma observação, nas certidões expedidas, da adoção — são medidas determinadas na lei para preservar o a dotado de quaisquer preconceitos (art. 42, §§ 3º e 4º).

Se o adotante, depois de manifestar inequivocamente a vontade de adotar, vier a falecer antes do fim do processo judicial, o juiz poderá deferir a adoção. Nesse caso, retroagem à data do óbito os seus efeitos (ECA, arts. 42, § 6º, e 47, § 7º).

A adoção depende de processo judicial, em que o juiz concederá a adoção se a medida revelar-se oportuna a partir do estágio de convivência entre o adotado e o adotante.

Capacidade e legitimidade do adotante. A criança ou adolescente só pode ser adotado por pessoa maior, desde que não seja seu ascendente ou irmão e tenha pelo menos 16 anos a mais que o adotando (ECA, art. 42, §§ 1º e 3º). Exige-se o interregno para evitar o uso do instituto por quem evidentemente não reúne as condições naturais para se responsabilizar como pai ou mãe.

Qualquer pessoa física nessas condições pode adotar individualmente a criança ou adolescente. Nada obsta a adoção pelo solteiro, viúvo, separado ou divorciado que viva sozinho, hipótese em que se constituirá uma família monoparental. Aliás, mesmo que o adotante seja casado ou viva em união estável, admite-se a adoção unilateral.

Precisará, contudo, nesse caso, da anuência do outro cônjuge ou convivente (ECA, art. 165, I). O marido pode adotar individualmente com a concordância da mulher, assim como essa o pode fazer se autorizada por aquele, do mesmo modo que os conviventes. O adotante, portanto, não precisa ser solteiro, viúvo, separado ou divorciado para habilitar-se à adoção unilateral, desde que apresente a expressa anuência do cônjuge ou companheiro. Ocorrendo o desfazimento da sociedade conjugal, como o filho não é comum, não há que se falar em disciplina da guarda. O adotado continuará necessariamente com o adotante. O outro cônjuge terá apenas direito de visita, se o requerer.

Em geral, contudo, os casados e conviventes adotam em conjunto. Para tanto, é necessária a comprovação da estabilidade da família.

Os que foram casados (os divorciados ou separados) ou mantinham união estável podem adotar em conjunto se o estágio de convivência iniciou-se na constância da sociedade conjugal. Desse modo, separados ou divorciados podem ser adotantes de mesma criança ou adolescente (ECA, art. 42, § 4º). De fato, não haveria razões para impedir a adoção nesse caso, já que é em tudo semelhante ao do filho cujos pais adotivos se separam ou divorciam. Exige, contudo, a lei a comprovação da existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele adotante não detentor da guarda, para que se justifique excepcionalmente a adoção

conjunta. Caso não comprovada, a adoção poderá ser individual.

Afora essas hipóteses, ninguém pode ser adotado simultaneamente por duas pessoas. Não titulam o direito à adoção conjunta dois adultos não ligados pelo matrimônio ou união estável. Duas pessoas do mesmo sexo, ao contrário do que se entendeu no passado (Leite, 2005), podem adotar, desde que vivam em união estável ou sejam casadas. Na verdade, quando atendidas as mesmas condições estabelecidas para a adoção conjunta por pessoas de sexo diferentes, vedá-la às pessoas de mesmo sexo seria hipocrisia. Se o homossexual pode adotar individualmente a criança ou adolescente, e trazê-la para morar na mesma casa em que vive com seu parceiro, ficando os dois adultos *de fato* exercendo o poder familiar, não há motivo nenhum para impedir que essa situação seja juridicamente regular; isto é, nada obsta, senão o preconceito, a legitimidade da adoção por duas pessoas do mesmo sexo que vivem em união estável ou sejam casadas.

Argumenta-se que a lei deveria proibir a adoção por casal de homossexuais porque o crescimento em ambiente irrigado por posturas e padrões de ambos os sexos é essencial à adequada formação da identidade de qualquer pessoa — o que é verdade. Mas não basta a divergência dos sexos sob o ponto de vista jurídico para garantir-se o atendimento a esse importante requisito de saúde

psicológica das crianças e adolescentes. Como maridos pouco masculinos e esposas não femininas podem adotar e adotam, então a lei não está realmente preocupada com esse aspecto da formação da identidade dos adotados.

Ninguém pode ser adotado por duas pessoas simultaneamente, a não ser que sejam casadas ou vivam em união estável. Aos separados e divorciados pode-se conceder a adoção conjunta se o estágio de convivência teve início na constância do casamento.

Exceto nesses casos, a adoção só poderá ser feita por uma pessoa individualmente.

A adoção conjunta pode ser feita por duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo.

Por fim, para adotar o tutelado, o tutor deve antes prestar contas da tutela e restituir o alcance, se houver. Da mesma forma, o curador não pode adotar o curatelado antes de ter as contas aceitas e saldado eventual alcance (ECA, art. 44).

1.4.2. Adoção internacional

Os estrangeiros domiciliados ou residentes no exterior não são pais melhores ou piores para os brasileirinhos necessitados de adoção. São preconceituosas tanto as atitudes radicalmente contrárias às adoções internacionais, a pretexto de uma vaga noção de nacionalismo, quanto as que a apoiam incondicionalmente, manifestando a arraigada falta de autoestima de muitos dos nossos compatriotas. A avaliação das vantagens para o adotado e da legitimidade dos motivos do adotante deve ser tão rigorosa quanto a procedida nos processos adotivos movidos por pessoas residentes e domiciliadas no Brasil.

A adoção por estrangeiros desperta preocupações relacionadas ao tráfico internacional de crianças. Se a intenção do adotante é levar o adotado para seu país, o Estado brasileiro terá mais dificuldades para proteger o seu cidadão, caso não sejam inteiramente sinceras e desinteressadas as motivações declaradas da adoção. Por isso — e não porque a adoção por estrangeiros poderia de algum modo atentar contra nossa soberania —, quando o

adotante é estrangeiro residente *ou* domiciliado fora do país, a lei a qualifica de medida excepcional (ECA, art. 31) e a cerca de cuidados específicos.

A adoção internacional somente pode ser deferida após consulta aos cadastros de pessoas ou casais habilitados à adoção (da comarca, do Estado e nacional) e não se encontrar neles nenhum interessado em adotar aquela criança ou adolescente. Em outros termos, a lei manifesta sua preferência pela adoção nacional. Se esta for viável, não terá cabimento a adoção internacional.

Note-se que a adoção não se considera internacional apenas quando postulada por estrangeiros. Também se o brasileiro não reside no Brasil, ela será internacional. O que preocupa a lei é o fato de a criança ou adolescente ir morar no exterior, fora da proteção imediata da nossa Justiça.

A adoção de brasileiros por pessoa residente ou domiciliada no exterior é medida excepcional e depende de cautelas visando impedir que por meio dela tenha curso o tráfico internacional de menores.

A adoção internacional segue a Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Dec. n. 3.087/99; ECA, arts. 51 e s.).

2. RECONHECIMENTO DE FILHO

Antiquíssimo brocardo sustenta que *a maternidade é certa, mas não a paternidade*. Não é bem assim, contudo, em vista das muitas situações a que a vida pode conduzir. Também a maternidade pode ser duvidosa, assim como é possível não haver incertezas quanto ao pai.

O reconhecimento de filhos é ato ligado essencialmente à filiação biológica. Não pode ter por objeto a instituição de filiação adotiva ou socioafetiva. Tem lugar quando o registro de nascimento do filho não confere com a verdade biológica de sua concepção, por parte da mãe ou do pai, excluída a hipótese de filiação por substituição.

O reconhecimento de filho pode ser voluntário ou decorrer da condenação em ação de investigação de paternidade ou maternidade. A rigor, ninguém pode ser levado a reconhecer descendente biológico. Quando o filho, no exercício de seu direito, propõe a ação de investigação de paternidade ou maternidade e ela é julgada procedente, a sentença produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário (CC, art. 1.616, primeira parte). Em outros termos, havendo discrepância entre o registro de nascimento e a verdade biológica de certa pessoa, e não tendo sido ela concebida por fecundação assistida heteróloga, a filiação se estabelece entre ascendente e descendente biológicos por duas formas: reconhecimento voluntário do filho (havido fora do casamento) ou procedência da ação investigatória.

Estabelecida a filiação biológica por qualquer desses meios — reconhecimento voluntário ou procedência de ação investigatória — o filho passa a titular os direitos aos alimentos e de participação na sucessão.

Reconhecimento voluntário. Só se reconhecem voluntariamente os filhos havidos fora do casamento. Os

nascidos de mulher casada, na constância do casamento, têm sempre pai, que é o cônjuge dela (presunção *pater is est*). Nesse caso, a paternidade pode ser contestada, também se não houver fundamento genético para o registro, mas a iniciativa e o ônus de prova são do marido da mãe (item 3).

Nos quinze dias seguintes ao nascimento do filho, o genitor tem a obrigação legal de fazer a declaração correspondente (Lei n. 6.015/73, art. 52, 1º). Nesse momento, ao apresentar-se como pai da criança, faz seu reconhecimento voluntário. Informa no ato, também, o nome da mãe, dispensando-a assim de comparecer a cartório para fazer o reconhecimento dela. Se o pai não cumprir esse dever, ou estiver impedido de fazê-lo, caberá à mãe a declaração de nascimento do filho, ampliando-se o prazo, então, para quarenta e cinco dias (art. 52, 2º). Comparecendo a mãe sozinha para fazer o registro, não poderá o cartório assentar como do pai outro nome que não seja o do marido dela. Mesmo que informe ter havido o filho fora do casamento, não poderá ser registrado como pai nenhum outro homem. Não sendo casada a declarante, será promovida a investigação oficiosa da paternidade (subitem 2.1).

Registrado o nascimento de filho havido fora do casamento sem menção ao nome do pai, o reconhecimento voluntário por parte deste poderá ser feito por escritura pública ou escrito particular. O Registro Civil, nesse caso,

arquivando o instrumento, lança o nome do pai no assento de nascimento (CC, art. 1.609, II). Mas se a discrepância entre os dados do assentamento civil e a verdade genética da pessoa a que se refere não decorre da ausência da identificação do pai, mas da falsidade dos dados relativos à paternidade ou maternidade, a alteração do registro depende de ordem judicial, ou seja, pressupõe processo em que seja produzida a prova de que o genitor ou genitora voluntariamente reconheceu o filho. Além da escritura pública ou escrito particular, são meios hábeis para o reconhecimento de filhos o testamento ou manifestação direta e expressa perante o juiz, mesmo em processo judicial estranho à investigação da paternidade ou maternidade (art. 1.609, III e IV).

Ainda antes de nascer, o filho pode ser reconhecido por escritura pública ou instrumento particular arquivado em cartório, testamento ou declaração em juízo (CC, art. 1.609, parágrafo único). Se tiver sido feito pelo pai, a mãe já deve estar grávida ao tempo do reconhecimento; feito pela mãe, a doadora temporária de útero é que deve estar. Ninguém pode reconhecer validamente filho ainda não concebido.

É irrevogável o ato de reconhecimento de filho, ainda que arrependido o pai ou mãe que o praticou (Pereira, 1977:97/99). Mesmo no caso de revogação do testamento, a cláusula de reconhecimento de filho continuará a produzir seus efeitos (CC, art. 1.610). Claro que, a qualquer momento,

sendo demonstrado em juízo que a declaração voluntária não superou a discrepância entre o registro da filiação e sua verdade biológica, ou até mesmo a ocasionou, poderá o juiz decretar a desconstituição de seus efeitos, que não se confunde com a revogação, ato unilateral de vontade do declarante. Além de irrevogável, o ato de reconhecimento não pode ficar sujeito a condição ou termo. Será ineficaz a cláusula da declaração de paternidade ou maternidade que a condicionar, por exemplo, à gratidão do filho ou a limitar temporalmente. Ou seja, o reconhecimento vale e é eficaz, mas a condição ou termo não produz efeito nenhum.

Reconhecido o filho fora do casamento, ele só poderá residir no lar conjugal se o outro cônjuge concordar (CC, art. 1.611), mas, em qualquer caso, o genitor que o tiver reconhecido terá sua guarda. Na hipótese de reconhecimento conjunto, se os declarantes não chegarem a acordo relativamente à partilha ou compartilhamento da guarda, o juiz a deferirá ao pai ou à mãe, conforme o melhor interesse do filho (art. 1.612).

Se o filho for maior de idade, só poderá ser reconhecido mediante seu consentimento. Sem a convergência de vontades, nesse caso, não será suficiente à constituição do vínculo de filiação a declaração do genitor ou genitora. Nos quatro anos seguintes à maioridade ou emancipação, aquele que tiver sido reconhecido quando menor poderá impugnar o reconhecimento (CC, art. 1.614). Esse é o prazo decadencial

para o filho buscar a desconstituição em juízo do ato de reconhecimento, provando que não se sustenta na verdade biológica de sua concepção. Claro que, mesmo vencido esse prazo, embora não possa mais contestar a validade e eficácia do reconhecimento praticado pelo pai ou mãe que consta de seu registro civil, ainda terá direito de demandar o genitor ou genitora em ação de investigação de paternidade, que é imprescritível (Gonçalves, 2005:303).

O registro de nascimento de filho havido fora de casamento pode não guardar correspondência com a verdade biológica (genética) de sua concepção, porque falta o nome do pai ou porque são falsas as nomeações dele ou da mãe.

Uma das formas de superar a discrepância é o reconhecimento voluntário do filho, feito por escritura pública, escrito particular, testamento ou declaração em juízo.

Ação de investigação de paternidade ou maternidade.

O filho pode propor contra o genitor ou genitora a ação de investigação de paternidade ou maternidade, sempre que pretender ver retratada no assento civil a verdade biológica de sua concepção. É irrelevante, aqui, se nasceu na constância de casamento ou de união estável das pessoas mencionadas como seus pais no registro civil, ou não. Quer dizer, mesmo aquela pessoa nascida em família matrimonial ou fundada em união estável tem o direito, em princípio, de demandar o genitor ou genitora com vistas a superar a distância entre o assento civil e a verdade biológica. Digo *em princípio* porque as filiações socioafetiva e adotiva também produzem, por vezes, o efeito de excluir essa ação (subitens 1.3 e 2.3). Com o estabelecimento da filiação biológica, o autor da ação passa a ser filho do réu ou ré, para todos os efeitos, inclusive alimentares e sucessórios.

Só não tem o direito à investigação de paternidade o filho havido dentro do casamento ou de união estável por meio de fertilização assistida heteróloga. Nesse caso, a dissociação entre o registro de nascimento e a verdade biológica é juridicamente incontornável. Quem forneceu o material genético não quis senão dar uma ajuda desinteressada a casal desconhecido que precisava de gametas alheios para fazer descendência. Como já assentado, seu direito se exaure no acesso às informações genéticas úteis ou necessárias a tratamento de saúde, não

compreendendo o do reconhecimento da paternidade ou maternidade (subitem 1.2.3).

A ação de investigação cabe, em princípio, exclusivamente ao filho. Se ele preferir não demandar o genitor ou genitora, está no seu direito. Os descendentes e demais parentes sucessíveis do filho, a despeito do interesse indireto no reconhecimento, não estão legitimados para a ação judicial. Apenas se o filho morrer menor ou incapaz, ou seja, sem ter tido condições para decidir com maturidade pelo ajuizamento da medida, o herdeiro terá legitimidade para aforar a investigatória (CC, art. 1.606). Uma vez iniciada a ação judicial pelo filho, em vida, os herdeiros poderão continuá-la, porque a decisão de retratar no registro civil a verdade biológica já havia sido tomada pelo titular do direito (art. 1.606, parágrafo único). A outra única hipótese de legitimação para a ação de reconhecimento de paternidade é a do Ministério Público, em função dos elementos coligidos durante a investigação oficiosa (subitem 2.1).

Parte legítima para figurar como réu, na ação de reconhecimento, é o genitor ou genitora, de quem o demandante pretende ser declarado filho. Já se admitiu, contudo, a ação destinada ao reconhecimento da relação avoenga, isto é, da existência de parentesco de ascendência em segundo grau, em que o autor demandou os avós paternos (Gonçalves, 2005:307/308; Birchall, 2004).

Enquanto é menor, o filho deverá ser representado ou assistido por seu representante legal. Na maioria das vezes, a mãe biológica, premida pelas necessidades materiais relacionadas à criação e educação do filho, providencia em nome dele a demanda contra o genitor.

Qualquer pessoa interessada, e não somente o demandado, pode contestar a ação de investigação de paternidade (CC, art. 1.615). Desse modo, os demais filhos do indigitado pai ou mãe, cuja porção na herança será reduzida em caso de procedência da ação, também estão legitimados para contestar o pleito do filho havido fora do casamento.

A sentença que julgar procedente a ação investigatória pode determinar, se isso for do interesse do menor, que seja criado e educado fora da companhia dos pais ou daquele que resistiu a reconhecer-lhe a paternidade ou maternidade (CC, art. 1.616). Com certeza, não reúne, em princípio, plenas condições para desincumbir-se com amor das árduas tarefas afetas à função de pai ou mãe aquela pessoa que ostensivamente não deseja o autor da demanda como seu filho.

*Em princípio, qualquer pessoa,
nascida dentro ou fora do*

casamento ou união estável daqueles que constam como sendo seus pais do assento civil, tem o direito de investigar, por ação judicial, a verdade biológica de sua concepção, de modo a titular os direitos de filho de seu genitor ou genitora.

Só não tem esse direito o concebido dentro de casamento ou de união estável por meio de fertilização assistida heteróloga ou o vinculado a filiação socioafetiva ou adotiva.

Nas ações de investigação, a questão crucial diz

respeito à prova da ascendência biológica. Demonstrado que o assento civil não retrata com fidelidade a matriz genética do filho, desincumbe-se ele do ônus de demonstrar o erro ou falsidade do registro de nascimento, como quer a lei (CC, art. 1.604). Não é simples, no entanto, produzir a prova. Mesmo depois da difusão dos exames de ADN, se o demandado recusa-se a fornecer material para sua realização, a questão da prova da ascendência biológica remanesce em aberto. As dificuldades relacionadas a essa prova, quando pertinentes à paternidade, são contornadas por meio de certas presunções, que serão examinadas a seguir (item 4).

2.1. Investigação oficiosa

O art. 2º da Lei n. 8.560/92 introduziu no Brasil um instituto do direito português (Silva, 2002:243) denominado investigação oficiosa de paternidade. Malgrado as críticas que o instituto tem recebido (Pereira, 2003:134/140), a aplicação desse dispositivo legal tem se revelado um eficiente meio de poupar os envolvidos das dificuldades, desgastes emocionais e custos relacionados à ação de reconhecimento.

Sempre que registrado o nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial deve remeter ao juiz certidão integral do registro, acompanhada dos dados, fornecidos pelo declarante, acerca do indigitado pai, isto é, nome e prenome, profissão, identidade e residência dele.

Tem início, então, o procedimento de investigação oficiosa.

Recebida a certidão e os dados, o suposto pai será notificado para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída. É irrelevante o estado civil dele, devendo a notificação judicial ser expedida, mesmo que ele seja casado. Não se autua um processo judicial, em razão do caráter oficioso do procedimento, mas a numeração deste para fins de controle pode ser feita. Se entender conveniente, o juiz determinará que a investigação seja feita em segredo de justiça.

A investigação oficiosa da paternidade deve ser feita pelo juiz sempre que menor for registrado apenas com a determinação da maternidade.

Se o pai comparecer perante o juiz e confirmar de modo expresso a paternidade, será lavrado o termo de reconhecimento, remetendo-se a certidão de seu teor ao

oficial do registro, para averbação. Encerra-se, nesse caso, a investigação oficiosa pelo resultado frutífero a que conduziu.

Mas não comparecendo o pai nos trinta dias seguintes ao recebimento da notificação judicial, ou negando expressamente a paternidade, o expediente é remetido ao Ministério Público, para que seja intentada a ação de reconhecimento, caso evidentemente haja elementos suficientes para isso. Se o promotor de justiça considerar que não dispõe de indícios ou provas consistentes para intentar a ação, mandará arquivar o expediente da infrutífera investigação oficiosa.

2.2. Excludente da perfilhação

Uma das questões mais intrincadas do direito de família diz respeito à possibilidade de o adotado ou do filho socioafetivo intentarem ação de reconhecimento de paternidade ou maternidade em face do genitor ou genitora, com o objetivo de desfazerem o vínculo de filiação a que estão ligados para se tornarem filhos biológicos dos demandantes.

De acordo com a tendência da despatrimonialização do direito de família, a resposta acertada para essa questão é a da inexistência do direito ao reconhecimento nesses casos.

Se o filho ligado a seus pais por vínculos de adoção ou socioafetivos não se encontra ao desamparo, sob o ponto

de vista emocional e material, a perfilhação por outrem pode ser suscitada como matéria de defesa pelo genitor ou genitora demandados. Provando o demandado que os pais adotivos ou por relação socioafetiva têm meios de prover os alimentos, a ação de reconhecimento deve ser julgada improcedente. E assim deve ser, mesmo que o demandado, por sua condição econômica e patrimonial, pudesse garantir, como pai ou mãe, a melhoria do padrão de vida do demandante.

Já há precedente jurisprudencial no sentido de negar o direito ao reconhecimento da paternidade, fundada exclusivamente na verdade biológica, quando o filho foi criado e educado por terceiros, que lhe devotaram o amor paternal e maternal (Welter, 2003:164/165). No caso, a exclusão deu-se por força de filiação socioafetiva que vinculava o demandante a outrem, mas idênticos fundamentos justificam-na no caso da adoção.

Assim sendo, apenas quando os pais socioafetivos ou adotivos não estão em condições de prover os alimentos básicos para o filho, e os biológicos podem, cabe o reconhecimento da paternidade ou maternidade. Somente diante desse quadro, o genitor ou genitora, demandados, ficam inibidos de suscitarem como matéria de defesa a perfilhação do demandante por outrem.

O adotado e o filho socioafetivo não têm direito ao reconhecimento da paternidade ou maternidade biológica, a menos que seus pais não tenham meios de prover os alimentos e o genitor ou genitora os tenha.

Em qualquer caso, entretanto, poderão demandar os supostos genitores, com o objetivo único de ter acesso a informações sobre sua ascendência genética, quando úteis ou necessárias ao tratamento de saúde deles ou de seus descendentes.

Repito, por derradeiro, que o direito ao reconhecimento de paternidade não se confunde com o relacionado ao acesso às informações genéticas. Mesmo a pessoa vinculada a filiação por adoção ou socioafetiva tem o direito de pedir ao juiz que obrigue, sob pena de multa periódica, o suposto pai ou mãe biológico a submeter-se a exame confirmatório de ADN, com o objetivo único de possibilitar a disponibilização de informações úteis ou necessárias ao tratamento de saúde dele ou de seus descendentes. Acentuo que a Súmula 301 do STJ, que faz presumir a paternidade no caso de o indigitado genitor recusar-se a fornecer o material genético para exame, não tem nenhuma serventia no processo destinado a franquear informações sobre a ascendência biológica do demandante. A presunção jurídica de paternidade em nada auxilia na busca dos dados genéticos reclamados pelo seu tratamento médico. De qualquer forma, nesse caso, mesmo que revelada a verdade biológica, dela não decorre nenhuma mudança na filiação a que se vincula o requerente.

3. NEGATIVA DE PATERNIDADE E DE MATERNIDADE

A ação negatória de paternidade ou maternidade, a exemplo da de reconhecimento, tem o objetivo de eliminar a incongruência entre os dados constantes do registro de nascimento de uma pessoa e a verdade biológica de sua

concepção. É mais comum a negação de paternidade, mas cabe também a da maternidade, provando a mãe a falsidade do termo de nascimento do filho ou das declarações nele contidas (CC, art. 1.608). Igualmente o filho pode intentá-la, desde que o faça nos quatro anos seguintes à maioridade ou emancipação (art. 1.614, *in fine*).

A negatória não cabe, porém, nos casos em que a incongruência entre a verdade biológica e o registro civil corresponde exatamente ao efeito jurídico pretendido em determinadas hipóteses de filiação. Assim, se o filho foi concebido por processo de fertilização assistida heteróloga autorizada pelo homem ou mulher que aparecem como pais no assentamento civil, não há razões jurídicas para se desfazer a discrepância. Somente no caso de falta de autorização daquele que não forneceu o gameta ou vício de consentimento na declaração correspondente, poderá ser intentada a negatória de paternidade ou maternidade. Também no de adoção, não tem cabimento a ação negatória de paternidade ou maternidade movida pelos adotantes ou pelo adotado, porque a incongruência referida é inerente a essa espécie de filiação. Por fim, é igualmente descabida a negatória se entre as partes consolidou-se a filiação socioafetiva (Lobo, 2004:520). Mesmo que provado, aqui, não serem os pais os genitores, se eles têm cuidado do filho como se o fossem, não poderão se desvincular ou serem desvinculados da filiação.

Em suma, a ação negatória de paternidade ou maternidade não pode ser fundada apenas na verdade biológica, quando o vínculo de filiação se estabelece por outros fatores. Em que casos cabe, então? A resposta parte da discrepância entre o registro civil e a verdade genética, nas hipóteses em que a imputação ou declaração de paternidade ou maternidade é *juridicamente* inconsistente.

Os únicos que podem ser registrados como pai ou mãe de uma criança sem o declararem pessoalmente perante o Registro Civil são os casados. O nome do marido será lançado como pai por declaração da mãe ou de terceiros, assim como o nome da esposa será mencionado como mãe, por declaração do pai ou de terceiros. Pode ocorrer, por outro lado, de o homem reconhecer, no registro de nascimento, por equívoco, como sendo seu o filho de outrem. Nos primeiros casos, há imputação de paternidade ou maternidade; no último, declaração. Pois bem, a negatória cabe exclusivamente na hipótese de imputação de paternidade ou maternidade biológica ou de declaração equivocada de paternidade também biológica a certa pessoa que *não* estabeleceu com o filho nenhum vínculo afetivo próprio das relações de filiação. Nesse caso, e somente nesse, a incongruência entre a verdade biológica e o registro será juridicamente inconsistente. Podem, aqui, os que aparecem no assentamento como pai ou mãe, promover a ação visando liberar-se dos deveres dessa condição em

relação ao filho. Também nesse caso, pode a pessoa registrada, dentro do prazo decadencial, contestar a paternidade ou maternidade.

A negatória de paternidade ou maternidade pode ser proposta pelo homem cujo nome consta como pai do assento civil de certa pessoa, sem que tenha substrato na realidade genética a imputação ou declaração de paternidade biológica.

Pode ser proposta também pela mãe, no caso de erro ou falsificação do termo de nascimento, imputando-lhe a m a t e r n i d a d e biológica

indevidamente.

Nesses dois casos, a ação é imprescritível.

E pode, finalmente, ser ajuizada pelo filho, nos quatro anos seguintes à maioridade, com o objetivo de ver excluído de seu assento civil o nome de pai ou mãe com o qual não tem vínculo biológico de descendência.

É imprescritível a ação quando o demandante é o homem registrado como pai ou a mulher registrada como mãe. A lei mencionou de forma expressa a imprescritibilidade apenas em relação ao pai (CC, art. 1.601). Mas também a mulher que vier a saber ter sido registrada em seu nome criança que não é dela terá o direito imprescritível de ajuizar a negação de maternidade, em razão do princípio constitucional da

igualdade.

Pela disciplina legal, ninguém mais além desse homem ou mulher está legitimado para propor a negatória de paternidade ou maternidade. Não teriam legitimidade, assim, os herdeiros daquele homem cujo nome consta como pai no assento civil de determinada pessoa. De acordo com a lei, eles apenas poderão prosseguir no feito ajuizado pelo pai, enquanto vivo (art. 1.601, parágrafo único). Em função do princípio constitucional da igualdade, essa regra legal deveria ser também observada no caso de negatória de maternidade. Tenho para mim, porém, que esta limitação da legitimidade para a ação negatória ao homem figurante como pai ou à mulher referida como mãe pelo registro, não é compatível com a tendência de despatrimonialização do direito de família. Se não há verdade genética a dar suficiente amparo à imputação da paternidade ou maternidade *biológica* ou à declaração da paternidade *biológica*, então os interesses dos herdeiros devem ser protegidos pela ordem jurídica. Ademais, é de constitucionalidade questionável, em vista da garantia da herança como direito fundamental (CF, art. 5º, XXX), a negativa de legitimidade aos herdeiros para a contestação de paternidade ou maternidade do *de cuius*, no caso de virem a descobrir o erro ou falsificação do assentamento civil (a carência de base biológica), somente após a morte daquele cujo nome consta como sendo o do pai ou mãe de certa pessoa.

4. AS PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE

Até o fim dos anos 1980, antes de os exames de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) se difundirem no meio judicial como prova de paternidade em ações de investigação, esta decorria de certas presunções legais (item 4.1), associadas à tentativa de desqualificar moralmente a mãe do demandante, imputando-lhe o hábito de manter relações sexuais com muitos outros homens além do demandado. Os exames então disponíveis eram meramente excludentes de paternidade (por incompatibilidade de tipo sanguíneo, por exemplo); a partir deles, não se podia afirmar com certeza científica se o demandante seria o genitor do demandado. O julgamento da investigação, desse modo, não podia prescindir das presunções legais e provas testemunhais. Tornados acessíveis os exames de ADN, mudaram-se as presunções, em vista da certeza científica da paternidade que eles podem atestar (item 4.2).

As presunções legais podem dizer respeito tanto às ações de reconhecimento de paternidade proposta pelo filho, como às negatórias ajuizadas pelo homem cujo nome consta do registro de nascimento como sendo o pai. Num e noutro caso, porém, operam de modo diverso.

4.1. Antes dos exames de ADN (DNA)

Antigamente, eram decisivas para o julgamento das ações de investigação de paternidade cinco presunções

legais.

A primeira presunção define que os nascidos cento e oitenta dias depois do início da convivência conjugal, presumem-se concebidos na constância do casamento (CC, art. 1.597, I). Nesse caso, compete exclusivamente ao marido a prova de que não é genitor da criança nascida nesse prazo, se contra ela propuser a ação negatória de paternidade. Do mesmo modo, o filho nascido nos cento e oitenta dias depois da constituição de união estável não tem o ônus de provar a existência do vínculo biológico na ação investigatória, porque a presunção, nesse caso, imputa ao demandado a prova de sua inexistência.

A segunda presunção estabelece que os nascidos nos trezentos dias seguintes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento são considerados concebidos na constância deste (CC, art. 1.597, II). Assim sendo, o réu na ação de reconhecimento de paternidade tem o ônus de provar a inexistência do vínculo biológico se o autor exibir prova de que nasceu no prazo legal. Na negatória, cabe ao autor essa prova, se militar a presunção em favor do réu.

A terceira presunção afirma que se considera fruto do primeiro casamento o filho nascido de mulher que contrai novas núpcias antes de decorridos dez meses seguintes à dissolução da sociedade conjugal que mantinha com outro homem, se o nascimento ocorrer nos trezentos dias

seguintes; e se considera do segundo casamento o que nascer depois de cento e oitenta dias do início da respectiva convivência conjugal (CC, art. 1.598). Se o filho nasceu em data incluída nos dois prazos, não há presunção legal específica, e a questão se resolve em função das demais.

Pela quarta presunção, aquele que provar sua impotência para gerar (infertilidade) não pode ser reputado pai de ninguém, tanto na ação de reconhecimento como na negatória (CC, art. 1.599). Se o homem que consta como pai do registro do nascimento ou aquele a quem se imputa a paternidade havia feito a vasectomia antes da data provável da concepção, claramente não pode ser considerado o genitor.

Estatui a quinta presunção que o adultério da mulher, ainda que confessado, não é suficiente para ilidir a paternidade (CC, arts. 1.600 e 1.602). Mesmo que a esposa tenha sabidamente traído o marido, e não reste a menor dúvida a respeito de sua infidelidade, disso não se segue necessariamente que o genitor do filho é o coautor do adultério.

Antes da difusão dos exames de ADN, a prova da existência do vínculo biológico nas ações de reconhecimento e da sua inexistência, na negatória de paternidade, guiava-se por presunções legais.

Essas presunções, hoje em dia, não têm nenhuma importância.

Não têm mais nenhuma importância essas presunções legais, desde que os exames de ADN se tornaram acessíveis aos litigantes em processos de investigação ou negatória de paternidade. O Código Civil poderia até mesmo não reproduzir os preceitos que as afirmam, tendo em vista o atual estágio em que a matéria se encontra.

4.2. Depois dos exames de ADN (DNA)

Em 1953, professores da Universidade de Cambridge descobriram a estrutura da molécula do ADN, que se encontra nos cromossomos das células de organismos vivos. Essa estrutura é única para cada ser em várias espécies, inclusive na humana. Cada um de nós recebeu de seu genitor e genitora parte dessa estrutura. Desse modo, a partir do exame de uma única célula do organismo de uma pessoa, é possível afirmar-se com certeza quase absoluta se ela é pai ou mãe de outra, ou não é. A única margem de dúvida diz respeito à possibilidade de o examinado ter um irmão gêmeo univitelino, cuja estrutura de ADN imagina-se seja idêntica à dele. Em vista disso, o exame em ADN é capaz de fornecer informações com a precisão científica de 99,9999%. Como se costuma dizer, numa imagem bastante feliz, o exame de ADN informa a “impressão genética”, única e exclusiva, do paciente.

Os países centrais do capitalismo passaram a adotar os exames de ADN nos processos de reconhecimento de paternidade por volta de 1988. A reação da comunidade jurídica, contudo, não correspondeu prontamente ao otimismo que o elevado grau de certeza do teste apresentava. Como ele simplificava de modo extraordinário as questões jurídicas, mas advogados e juízes receavam simplesmente transferir suas funções ao perito médico, começaram a surgir alguns questionamentos sobre a eficácia da prova (Silva, 2002; Veloso, 2002). Superadas, porém, as

resistências inicialmente nutridas em relação ao exame de paternidade por meio do ADN — muitas delas ligadas mais aos difusos temores frente à engenharia genética do que à eficácia do teste na identificação da descendência biológica (Furkel, 2004) —, passou a ter a maioria da comunidade jurídica plena confiança nos seus resultados.

Mas restava uma questão a resolver. Como fazer quando o demandado na ação de investigação de paternidade se recusava a fornecer o material para o exame de ADN? Pareceu a toda a tecnologia jurídica uma afronta aos direitos constitucionais desse homem sua condução coercitiva à clínica médica, para a obtenção de um pouco de sangue ou saliva dele, indispensável à realização do exame (por todos, Martins, 2002).

A jurisprudência conciliou os dois aspectos da questão — o direito do filho à paternidade biológica e os direitos constitucionais do indigitado pai — por meio de uma presunção. Baseada nos preceitos do Código Civil, pelos quais “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa” (art. 231) e “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame” (art. 232), o Superior Tribunal de Justiça baixou súmula criando a única presunção a ser observada, atualmente, nas ações de investigação de paternidade.

Trata-se da Súmula 301: “Em ação investigatória, a

recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Por meio dessa presunção, se o demandado se recusa a fornecer material para o exame de ADN, chama para si o ônus de provar a inexistência do vínculo biológico por outros meios, tais como os antigos exames de sangue ou a prova da infertilidade. Não se desincumbindo completamente desse ônus, a recusa terá o mesmo efeito de prova do vínculo biológico que o exame em ADN com resultado inclusivo forneceria. Em 2009, a presunção referida no entendimento sumulado do STJ tornou-se direito positivo (Lei n. 8.560/92, art. 2º-A e parágrafo único, incluídos pela Lei n. 12.004/2009).

O demandado em ação de investigação ou negatória de paternidade pode se recusar a fornecer material para o exame de seu ADN. Titula direito constitucional, que impede sua condução coercitiva à clínica

comunicação coercitiva a clínica médica, para colheita forçada de sangue ou saliva.

A recusa, contudo, gera a presunção de existência ou inexistência do vínculo biológico que, pelo exame, pretendia provar o autor respectivamente da ação de reconhecimento e negatória de paternidade.

Na negatória de paternidade, a mesma presunção deve militar em favor do autor. Se o demandado se recusa a se submeter ao exame de ADN, com o qual o demandante provaria não ser o genitor dele, deve-se presumir, com base nos arts. 231 e 232 do Código Civil, que inexistente o vínculo biológico entre as partes.

5. PODER FAMILIAR

Ter filhos é, como se disse ao início, uma experiência única e essencialmente gratificante. É também uma experiência acompanhada de sérias responsabilidades. Aos pais cabe preparar o filho para a vida. Consciente ou inconscientemente, transmitem-lhe seus valores, sua visão do mundo. O comportamento e atitudes deles servem de modelo, que o filho tende a reproduzir. Se, na adolescência, é inerente ao processo de crescimento psicológico o contrapor-se a tais modelos, negá-los na busca da própria identidade, isso não significa que eles não estejam incorporados e que não se manifestarão mais tarde, na idade adulta — especialmente quando os filhos se tornarem, também eles, pais.

É certo que nem sempre pai e mãe conseguem preparar o filho para a vida. Não se consegue ensinar o que não se aprendeu — é uma lei física. Quando nem os pais foram bem preparados, terão muita dificuldade de cumprir essa função. Muitas vezes, ver o filho passar por uma frustração, por pequena que seja, é tão aflitivo aos pais, que eles se desdobram para atender o mais rápido possível, ainda que isso represente um imenso sacrifício. Perdem então uma oportunidade valiosa de ensinar-lhe o quanto difícil é a vida, para qualquer um. Mesmo os pais abastados não devem atender todos os pedidos do filho, porque, fazendo-o, não o estarão preparando convenientemente para a vida. Estarão, na verdade, iludindo a criança ou adolescente, passando-lhe

a ideia de que as coisas podem ser conseguidas sem esforço. Não darão conta de sua principal responsabilidade, ao pouparem os filhos de qualquer frustração.

À ingente responsabilidade que os pais têm devem corresponder os meios para cumpri-la. Por isso, a família se organiza com a atribuição a eles de um *poder*, que exercem sobre os filhos. Justifica esse poder o adequado cumprimento das funções associadas à paternidade e maternidade. É um simples instrumento para a realização dos objetivos de preparação dos filhos para a vida; objetivos que a sociedade reserva aos pais, e espera sejam atendidos, na formação de seus membros. Tanto assim que pode ser suspenso ou mesmo retirado esse poder daqueles que não o exercem visando cumprir a responsabilidade paterna ou materna.

Uma das mais claras manifestações desse poder é o de castigar os filhos. Os pais podem impor aos filhos castigos, como forma de prepará-los para a vida. No passado, os castigos físicos eram mais comuns, alguns deles bastante severos. Atualmente, a psicologia e pedagogia mostram a ineficiência da violência na formação de cidadãos seguros, felizes e cômicos de seus deveres e responsabilidades na sociedade. Os castigos físicos não devem ser empregados. Mas os filhos desobedientes devem continuar sendo castigados, aprendendo que a inobservância das regras ditadas pelos pais lhe acarretam consequências negativas.

Alguns teóricos adeptos do politicamente correto abominam a palavra “castigo”, e buscam substituí-la. Na essência, castigar é impor à criança ou adolescente a privação de algo que ele quer, com o sentido de possibilitar-lhe a clara percepção de que vivemos numa sociedade organizada em regras, cuja obediência a todos aproveita e interessa. Brinquedos que a criança deseja ter devem lhe ser explicitamente negados, assim como ao adolescente, programas de entretenimento ou visitas a amigos. Os castigos, com qualquer nome, são medidas corretivas.

É falso imaginar que os pais poderiam, de algum modo, preparar os filhos para a vida, evitando a aplicação de quaisquer castigos — isso não existe. Assim, para que tenham meios de exercer sua função, a lei concede ao pai e à mãe o poder de castigar o filho. Contudo, esse poder só lhes é concedido para que possam cumprir a tarefa educacional que, pela organização da sociedade, lhes cabe. O pai que castiga imoderadamente o filho, infringindo-lhe sofrimento físico ou moral desnecessário, perde o poder sobre ele.

Esse poder, instrumento da função educacional da família, a lei o denomina *poder familiar*. A ele se sujeitam os filhos menores (CC, art. 1.630). Alcançada a maioridade, passam a responder por seus atos e, mesmo que ainda residam com os pais, e continuem obrigados a dedicar-lhes respeito, já não estão mais sob o poder familiar. De outro lado, titulam-no em conjunto o pai e a mãe. A lei diz que

assim é “durante o casamento e a união estável” (art. 1.631), mas isso não está inteiramente correto. Enquanto existir o poder familiar, isto é, enquanto não alcançada a maioria pelo filho, pai e mãe o exercem em conjunto, exista ou não entre eles vínculo de conjugalidade. Em qualquer hipótese — são pais solteiros, o filho foi havido fora do casamento de um deles, estão separados, divorciados, integram uma união livre etc. —, e não apenas na de casamento ou união estável, o pai e a mãe titulam em conjunto o poder familiar.

A lei mesma contém outros dispositivos, cujo conteúdo mostra claramente que o poder familiar não depende do casamento ou união estável do pai e da mãe. Assim, esclarece que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram os direitos dos pais e filhos, assegurado àqueles o de ter estes em sua companhia (CC, art. 1.632). O novo casamento ou estabelecimento de união estável pelo pai ou pela mãe, do mesmo modo, não traz qualquer implicação ao poder familiar sobre os filhos do relacionamento anterior, não tendo o consorte ou convivente atual qualquer ingerência sobre o seu exercício (art. 1.636).

Os titulares do poder familiar podem delegá-lo, em parte, um ao outro. De comum acordo, assim, pode pai e mãe dividir algumas das tarefas, quando isso for útil à administração da família. Não cabe, no entanto, delegação de todos os poderes, porque a isso equivale o descumprimento

das obrigações inerentes à paternidade ou maternidade. Igualmente descabida é a delegação em favor de terceiros. Embora nada impeça os pais de buscar auxílio, para o exercício de seu poder, de pessoas mais experientes (avós, irmãos mais velhos, amigos etc.) ou de profissionais (pedagogos, psicólogos etc.), não o podem delegar. Ter filhos, ainda que involuntariamente, importa assumir responsabilidades intransferíveis.

Na falta ou impedimento de um dos pais, o outro exerce com exclusividade o poder familiar. Na família monoparental, é evidente que o cabeça titula esse poder sem o concurso de ninguém. Nos demais casos, vivam ou não sob o mesmo teto, estejam ou não casados ou em união estável, pai e mãe não podem praticar nenhum ato inerente ao poder familiar, a respeito do qual não estejam os dois de pleno acordo. O pai não pode escolher sozinho em que escola o filho será matriculado; nem a mãe tem o direito de o representar na prática de negócio jurídico, sem o concurso do pai. Em caso de divergência, qualquer um dos pais pode requerer ao juiz que decida como ela deve ser superada (CC, art. 1.631, parágrafo único). A decisão judicial deve pautar-se, evidentemente, no interesse do filho.

Para ser titular do poder familiar não basta a condição de genitor, de fornecedor de gameta. É necessário ser pai ou mãe. Se o genitor não reconhece o filho, não tem nenhum poder sobre ele (CC, art. 1.633). O poder familiar, assim,

deriva da filiação, qualquer que seja ela, e não do vínculo biológico. Os pais adotantes e socioafetivos, assim, têm-no. No caso de adoção, provém o poder da constituição do vínculo de ascendência e descendência pela sentença judicial; no da filiação socioafetiva, nasce natural e paralelamente à consolidação da relação afetiva e comportamento social de pais e filho.

O poder familiar é titulado pelo pai e mãe, em conjunto, e a ele se submete o filho, enquanto for menor.

Trata-se de poder indelegável — exceto parcialmente entre os que o titulam — que a lei concede aos pais para que possam dispor de instrumentos para o adequado cumprimento de sua importante tarefa de preparar o filho para a vida.

Constitui-se o poder familiar com o nascimento do filho; em princípio, ele perdura até a maioridade deste. Pode ocorrer, no entanto, entre um e outro marco, fatos jurídicos

que importam a prematura extinção desse poder, como, por exemplo, a morte dos pais ou do filho e a emancipação do menor (CC, art. 1.635).

O juiz pode determinar a *suspensão* ou *perda* do poder familiar, como medidas sancionadoras ao seu indevido exercício pelos pais.

A suspensão tem cabimento nas hipóteses de abuso de autoridade, falta de cumprimento dos deveres associados à paternidade ou maternidade, condenação criminal a pena de mais de dois anos de prisão e administração ruinosa dos bens dos filhos, desde que outras medidas não se mostrem suficientes à salvaguarda dos interesses deles (CC, art. 1.637 e parágrafo único). Desse modo, ocorrendo qualquer dessas hipóteses, se o juiz tiver às mãos alguma medida eficiente de preservação dos direitos dos menores que não acarrete a suspensão do poder familiar, deverá adotá-la. A suspensão só cabe em último caso.

Já a perda do poder familiar deve ser decretada em hipóteses mais graves, como a de imposição de castigo imoderado, abandono dos filhos, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes ou reincidência em falta punível com a suspensão (CC, art. 1.638).

A suspensão é medida temporária, facultativa e limitada. É temporária porque o juiz, ao impor essa forma de sanção, deve necessariamente fixar o prazo de duração em que o pai, a mãe ou os dois ficarão impedidos de exercer o poder

familiar. É facultativa, porque ela pode deixar de ser imposta sempre que o juiz considerar que os mesmos objetivos podem ser alcançados por outras medidas que preservem o poder familiar. É, por fim, limitada porque pode dizer respeito a um ou alguns dos filhos.

Por seu turno, a perda é permanente, imperativa e ampla. Permanente no sentido de que não se pré-define o tempo em que a medida irá durar. Enquanto os pais não provarem que cessaram os motivos determinantes da sanção, ficam privados do poder familiar. Imperativa porque o juiz não pode deixar se aplicá-la, sempre que verificado o pressuposto legal. Ampla, enfim, porque abrange necessariamente toda a prole do pai, da mãe ou de ambos. Se há motivos graves para retirar o poder familiar, todos os filhos devem ser protegidos e não somente aquele em relação ao qual verificou-se a causa da punição.

Em nenhum caso, ressalto, a simples falta ou carência de recursos materiais pode dar ensejo à suspensão ou perda do poder familiar (ECA, art. 23). Por mais miseráveis que sejam os pais, continuam a ter os direitos próprios da relação de filiação, não podendo ser deles privados apenas porque não dispõem dos recursos materiais para sustentar os filhos.

Tanto a suspensão como a perda do poder familiar podem afetar os dois pais ou apenas um deles, segundo o grau de responsabilidade de cada um. Se o pai castiga imoderadamente o filho e a mãe se omite, deixando inclusive

de denunciar os maus-tratos às autoridades, o juiz pode determinar a perda do poder familiar dele e a suspensão do dela.

Qualquer parente e o Ministério Público estão legitimados a requerer ao juiz a suspensão ou perda do poder familiar (CC, art. 1.637).

5.1. Exercício do poder familiar

Ao exercício do poder familiar correspondem os seguintes direitos (CC, art. 1.634):

a) Dirigir a criação e educação. O mais importante direito associado ao poder familiar é o de dirigir a criação e educação do filho. É o direito ao qual tenho me referido pela ideia de *preparação para a vida*. Nele se incluem os de definir as regras a serem observadas em casa e de impor seu cumprimento: horário de acordar e dormir, de fazer as refeições, responsabilidade pela arrumação do quarto, uso adequado dos móveis e utensílios, critérios para a utilização dos equipamentos domésticos (computador, por exemplo) por todos os membros da família etc. Também é direito dos pais escolher a escola dos filhos, até o grau médio, devendo levar em consideração a opinião deles quando se revelar madura.

b) Ter os filhos em sua companhia e guarda. Enquanto não alcançar a maioridade, o filho não tem direito de viajar sozinho, se a tanto se opuserem seus pais. Tampouco pode

ir a eventos sociais ou públicos, frequentar a casa de conhecidos ou simplesmente ganhar as ruas sem autorização do pai e da mãe. Ao contrário, é inerente ao poder familiar que os filhos acompanhem os pais sempre que esses determinarem. Na companhia do pai e da mãe, o pequeno aprende como proceder nas mais diversas situações criadas pelo relacionamento social, incorporando valores e conferindo a sinceridade dos conceitos enunciados em casa.

A guarda, por sua vez, corresponde a deveres dos pais, tanto quanto a direitos. Relaciona-se aos cuidados reclamados pela criança ou adolescente, em seu processo de desenvolvimento em direção à vida adulta. Os pais têm, por assim dizer, o direito de cuidar dos filhos, nas enfermidades e acidentes; de ser seus confidentes, nos momentos de angústia; de os amparar e aconselhar, no enfrentamento de desafios.

A guarda é a única manifestação do poder familiar que um dos pais pode perder com o divórcio. Mas, em ocorrendo de o pai ou a mãe perder a guarda do filho, passam a titular o direito de visitas (Cap. 58, item 3).

c) Conceder ou negar autorização para o casamento. Depois de alcançada a idade núbil, mas ainda não a maioridade civil, a pessoa só pode se casar com a autorização dos pais (CC, art. 1.517). Integra o poder familiar o direito de conceder ou negar essa autorização. Se for exercido de modo abusivo, negando-se o pai ou a mãe a

autorizar o casamento sem justificativa plausível, o juiz pode suprir o consentimento (Cap. 56, subitem 3.1).

d) Nomeação de tutor. Quando falecem os pais antes de o filho alcançar a maioridade, a lei define a qual parente caberá responsabilizar-se por algumas das tarefas de preparação dele para a vida. É o tutor, a quem a lei não atribui o poder familiar, mas apenas alguns dos direitos a ele associados (Cap. 61, item 2). Se os pais não acham conveniente à adequada formação do filho que a tutela seja exercida pelo parente indicado na lei, cabe-lhes designar outra pessoa de sua confiança para a função de tutor.

e) Representação e assistência. Os pais são os representantes legais dos filhos menores impúberes e assistentes dos púberes (CC, art. 1.690). Desse modo, enquanto for absolutamente incapaz o filho, pai e mãe praticam os negócios jurídicos do interesse do menor, em nome dele. Alcançada a idade da incapacidade relativa, tornam-se seus assistentes, devendo concordar com a prática do negócio jurídico pretendido pelo menor para que seja válido (Cap. 7, subitem 3.1). Em caso de divergência entre os pais acerca da oportunidade de ser praticado pelo menor púbere — ou em nome dele, se impúbere — determinado negócio jurídico, neste como nos demais afetos ao exercício do poder familiar, cabe ao juiz decidir no interesse do filho (art. 1.690, parágrafo único).

f) Reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha. Se

alguém retira indevidamente a criança ou adolescente da companhia do pai ou da mãe, eles têm o direito de reclamar-lhe a devolução. Esse direito pode ser exercido, inclusive, por um dos titulares do poder familiar contra o outro, sempre que desrespeitados os direitos do primeiro de ter o filho em sua companhia e guarda.

Ao poder familiar correspondem direitos titulados pelos pais em relação aos filhos, tais como o de dirigir-lhes a criação e educação, impor obediência e respeito, tê-los em sua companhia e guarda.

g) *Exigir obediência e respeito.* A formação do filho para a vida adulta faz-se mediante a transmissão de valores e incorporação de regras. Por características próprias do processo de desenvolvimento do ser humano na sociedade complexa dos nossos tempos, há uma resistência natural por

parte do filho à aceitação de sua condição. Contestar os pais é parte inexorável do processo de amadurecimento. As atitudes de rebeldia começam cedo e se acentuam na puberdade. Por mais desgastante que seja para os pais, é função deles enfrentar essas atitudes, exigindo obediência e respeito dos filhos. Parecerá muitas vezes improdutivo e frustrante, mas quem é pai ou mãe não tem outra alternativa: muita paciência não é o suficiente; a paciência há de ser infinita para bastar. Devem insistir na exigência, renová-la, reforçá-la, repeti-la, acentuá-la, reproduzi-la, tornar a ditá-la, confirmá-la, voltar a ela, repô-la, reiterá-la, repisá-la, rememorá-la, repeti-la uma vez mais, até que a atitude de obediência e respeito passe a ser espontânea.

Em determinadas situações, será imprescindível que os pais castiguem o filho pela desobediência ou falta de respeito. Embora haja ainda pai ou mãe que considere pertinente o castigo físico, e o aplique, a verdade é que a pedagogia e a psicologia têm mostrado sua ineficiência. Pode-se criar uma pessoa amedrontada ou violenta com os castigos físicos, mas dificilmente alguém obediente e respeitoso. Tampouco têm eficiência os castigos morais, que não machucam o corpo, mas expõem o filho ao ridículo e à humilhação. Os castigos devem consistir apenas na privação de algo que a criança ou adolescente deseja; devem ser, ademais, necessariamente antecedidos da advertência, para que o filho possa decidir se insiste na rebeldia e corre o risco

de não ter o que quer ou se obedece. Ademais, para que tenham eficiência, os castigos advertidos devem ser aplicados. Nada pior para a educação de uma pessoa do que os pais ameaçarem privá-la de certa coisa quando eles, de antemão, sabem que não terão coragem ou condições de efetivamente a negar. Se a família programou viagem para a Disneyworld e já começou a pagar a passagem e serviços turísticos, é irreal procurar obter a obediência e respeito do filho dizendo que ele, em desobedecendo ou sendo desrespeitoso, não irá viajar — a promessa incumprível simplesmente desmoraliza o instrumento pedagógico. Na medida em que se reitera a falta de aplicação dos castigos prometidos, o filho deixa de acreditar neles. Para os pais, uma vez mais, não há outra alternativa: enquanto não impuserem ao filho as consequências negativas aventadas, repetidas vezes, não conseguirão controlar a natural rebeldia que acompanha o processo de crescimento.

h) Exigir a prestação de serviços. Como qualquer outra manifestação do poder familiar, o direito de exigir a prestação de serviços próprios de sua idade e condição só existe se destinado à adequada preparação do filho para a vida adulta. Quer dizer, os pais não têm o direito de exigir que os filhos trabalhem fora para contribuir com a renda familiar, por mais necessitados que sejam ou estejam. Podem, é certo, estimulá-los a tais atitudes, que são sadias e contribuem para a formação do caráter. Neste caso, têm o dever de zelar

pelo estrito cumprimento das restrições ao trabalho de menores previstas na Constituição (art. 7º, XXXIII) e na CLT (arts. 403 e 404). O filho menor nunca tem o dever de contribuir para o sustento dos pais ou seus irmãos.

Quando a lei menciona a exigência de prestação de serviços como direito associado ao poder familiar, ela está se referindo unicamente aos que podem contribuir para a preparação do filho para a vida adulta. Isto é, à ajuda que todos os membros da família devem dar para as tarefas cotidianas. Os pais podem exigir dos filhos, por exemplo, que enxuguem a louça do jantar, ponham a mesa, levem o cão ao passeio, reguem o jardim ou outros afazeres semelhantes. Não é, aliás, despropositado que os pais remunerem modicamente tais serviços domésticos, sempre que o objetivo for o de contribuir para a formação de um adulto ciente de suas responsabilidades (e não o de economizar dinheiro com empregados ou trabalhadores autônomos).

5.2. Usufruto e administração dos bens dos filhos menores

Enquanto os filhos estão sob o poder familiar, isto é, não alcançaram a maioridade nem foram emancipados, os seus bens ficam sob a administração dos pais (CC, art. 1.689, II). Compete-lhes providenciar o que for preciso para sua adequada conservação e fruição. Enquanto perdura a incapacidade absoluta, a declaração de vontade do filho é feita pelos pais, sendo irrelevante eventual opinião do

menor. Se os pais consideram pertinente determinado negócio jurídico relacionado à administração de bem pertencente ao filho, adotam-no. Sobrevindo a incapacidade relativa, nenhum negócio jurídico pode ser mais praticado pelos pais em nome do filho. Este passa a influir, com sua vontade, na administração do próprio patrimônio. Contra a opinião do menor, nenhum negócio jurídico poderá ser praticado, embora ainda necessite da assistência de seus pais.

Os poderes de administração patrimonial deferidos aos pais, no entanto, não os autorizam a praticar atos que importem alienação ou oneração de imóveis. Tampouco podem obrigar o filho além dos atos de simples administração. Se for necessário ou do evidente interesse dele quaisquer desses atos, que ultrapassam os associados ao poder familiar, a prévia autorização judicial deve ser buscada (CC, art. 1.691). Desse modo, se o filho possui um apartamento em seu patrimônio, herdado por testamento do avô, por exemplo, aos pais cabe adotar as providências para o manter alugado, tais como anunciar a locação, negociar com o valor do aluguel com os interessados, contratar corretor etc. A renda locatícia integra o patrimônio do proprietário do bem, isto é, do filho, e não o dos pais. Se o imóvel reclama manutenção, dos pais também é a responsabilidade por contratar os serviços correspondentes, remunerando-os com recursos do menor, inclusive os

provenientes do aluguel. Se, porém, está difícil alugar o apartamento por bom preço e as despesas com sua manutenção não são desprezíveis, atende aos interesses do menor a alienação do bem. Isso, no entanto, extrapola os limites da mera administração patrimonial, e os pais necessitarão de prévia autorização judicial para o ato. Para deferi-la, o juiz comumente estabelece algum tipo de salvaguarda dos direitos do menor, como, por exemplo, o depósito do valor líquido obtido pela venda em conta bancária de investimento, movimentável apenas mediante ordem judicial.

Se os pais praticarem qualquer ato excedente dos poderes de mera administração, ele é nulo. Quer dizer, se foi feita a alienação de imóvel sem autorização do juiz, o bem retorna ao patrimônio do filho e o comprador pode reclamar a devolução do preço dos pais. Estão legitimados para a ação declaratória de nulidade, além dos filhos quando alcançarem a maioridade, também os seus herdeiros. Se os pais tiverem sido destituídos do poder familiar, o tutor designado pelo juiz está igualmente legitimado, como representante legal do filho (CC, art. 1.691, parágrafo único).

Além de terem o direito de administrar o patrimônio do filho, os pais são considerados legalmente usufrutuários dos bens que o compõem (CC, art. 1.689, I). Significa dizer que podem usá-los e fruí-los, da mesma maneira que poderiam se tivesse sido instituído usufruto convencional em favor

deles. No exemplo acima, se os pais considerarem que a família se mudar para o apartamento do filho menor é a alternativa mais interessante para todos, podem fazê-lo. Não estão obrigados a remunerar o filho pelo uso do bem, porque titulam a condição de seu usufrutuário.

Os bens do patrimônio do filho são administrados pelos pais, enquanto não alcançada a maioridade. Sobre esses bens, além disso, titulam os pais os direitos de usufrutuários.

Alguns bens dos filhos estão excluídos do poder de administrar e usufruto legal titulado pelos pais (CC, art. 1.693). São, em primeiro lugar, os adquiridos pelo filho havido fora do casamento antes do reconhecimento. Esse caso, a rigor, a lei não precisaria explicitar. Como o poder familiar decorre do vínculo de filiação e não da ascendência

biológica, o genitor não é pai enquanto se recusa a reconhecer o filho. Em segundo lugar, excluem-se dos bens afetos ao poder familiar os valores auferidos pelo filho com mais de 16 anos, em razão do exercício de atividade econômica. Se o menor já ganha dinheiro com algum mister, então demonstra ter maturidade para os administrar diretamente. Os bens que adquirir empregando tais valores também não são administrados pelos pais, nem se submetem ao usufruto legal em favor deles. Claro que, para praticar negócios jurídicos relacionados também a esses bens, em razão da incapacidade relativa, ainda dependerá da assistência de seu pai e mãe. Em terceiro lugar, estão os bens doados ou legados ao filho com a cláusula de exclusão da administração e usufruto dos pais. O doador ou legatário pode estipular como encargo da doação ou testamento, pelas razões que só lhe dizem respeito, o afastamento dos pais do donatário ou legatário menor da administração e usufruto do objeto de sua liberalidade. Por fim, quando os pais foram excluídos da sucessão (por indignidade ou deserção), ficam igualmente afastados da administração e usufruto dos bens que nela couberem ao filho.

ASSISTÊNCIA FAMILIAR

1. ALIMENTOS

Nos horizontes delineáveis pelo modo de produção capitalista, a família ainda deve exercer a função assistencial por muito tempo. Num sistema econômico de crises periódicas e injustiças permanentes, é difícil construir-se um programa eficiente de Seguridade Social, e, por isso, a família tende a não se desvencilhar tão cedo do encargo de amparo aos seus, nas enfermidades e velhice. Mesmo que o acúmulo social de força de trabalho permita ao Estado, no futuro, garantir sua recuperação fora da família, os laços afetivos nela existentes tendem a reservar sempre algum espaço para

a assistência aos seus membros, ainda que subsidiária.

Além da função assistencialista, a família provê o sustento, educação, lazer e cultura de seus membros *compatíveis* com a sua condição econômica. Na maioria das vezes, os vínculos (afetivos ou não) estabelecidos pela família entre seus membros são suficientes para a garantia do cumprimento dessas funções. Pais se sacrificam para dar estudo aos filhos, irmão ajuda a irmã desempregada com as despesas do supermercado, tia custeia o tratamento dentário da sobrinha, filhos se cotizam para pagar o seguro-saúde dos pais — essas ações acontecem, em geral, porque os familiares se gostam ou pelo menos se consideram responsáveis uns pelos outros; no mínimo, nutrem a expectativa de merecerem igual auxílio de um familiar, se vierem a necessitar.

Quando, porém, os laços familiares não são suficientes para assegurar o apoio que alguém precisa da família, a lei o obriga por meio do instituto dos alimentos. De acordo com o art. 1.694 do CC, “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social”. O titular do direito aos alimentos chama-se *alimentado*, e o devedor, *alimentante*.

A lei dá ao alimentante a opção de pagar os alimentos ou dar diretamente hospedagem e sustento ao alimentado (CC, art. 1.701). Embora, na maioria das vezes, a obrigação

alimentar se resolva mediante o pagamento de uma pensão mensal, o alimentante pode substituí-la por prestações diretas. Adapta sua casa para nela receber o parente necessitado, e o provê de alimento e vestuário mediante a direta entrega de bens. A opção pelo sustento direto não é cabível no caso de alimentos devidos a cônjuge ou companheiro, hipótese em que a lei menciona especificamente o pensionamento (art. 1.704). Desse modo, se o irmão alimentante receia que o alimentado, por ser alcoólatra, desperdiçará em bebidas o dinheiro da pensão alimentícia, poderá cumprir sua obrigação recebendo-o em casa, e o sustentando diretamente, com o objetivo de evitar o desvio da finalidade da prestação.

Trata-se de opção exclusiva do alimentante, contra a qual não pode o alimentado se insurgir, a menos que circunstâncias especiais do caso revele buscar aquele, por vias transversas, a exoneração da obrigação. Representaria exercício abusivo do direito de optar pelo sustento direto em sua casa a substituição, pelo pai, da pensão alimentícia que paga à filha residente em outro Município, onde cursa faculdade. Quando se revelar o abuso, o juiz fixará a forma mais adequada para o cumprimento da obrigação alimentar (art. 1.701, parágrafo único).

Os alimentos se destinam ao cumprimento, pela família, de sua função assistencialista e das relacionadas ao provimento dos recursos reclamados pelo sustento e manutenção de seus membros.

O direito aos alimentos é irrenunciável. O credor pode deixar de exercê-lo, pelas razões que só a ele dizem respeito, mas vindo a precisar de alimentos, a qualquer tempo, tem direito de reclamá-los. Além de irrenunciável, o direito aos alimentos não pode ser objeto de cessão, penhora ou compensação (CC, art. 1.707). A obrigação alimentar tem natureza personalíssima. Por isso, não pode ser transferido pelo alimentado a outrem, por negócio jurídico, ainda que mediante a anuência do alimentante. Também pela mesma razão, não pode ser penhorado para satisfação de dívida do alimentado perante terceiros. A penhorabilidade implicaria a transmissibilidade do direito, indispensável à realização do crédito exequendo. Por fim, para que o instituto cumpra suas

finalidades assistenciais, o valor dos alimentos não pode ser compensado, pelo alimentante, com dívida do alimentado.

1.1. Requisitos e valor dos alimentos

Para que os alimentos sejam devidos, três requisitos devem estar preenchidos: a) alimentante e alimentado são parentes, estavam casados ou conviviam em união estável; b) o alimentado não dispõe de patrimônio ou renda que lhe permita viver de acordo com a sua condição social; c) o alimentante tem patrimônio ou renda que lhe possibilita pagar os alimentos sem desfalque injustificado ao seu padrão de vida (CC, art. 1.695).

Presentes os três requisitos, nasce o direito do alimentado aos alimentos e a obrigação do alimentante de pagá-los. Os alimentos não se destinam à formação ou majoração do patrimônio do alimentado (*RT*, 830/323), mas unicamente ao atendimento das necessidades que ele não pode custear com seus próprios meios.

Os alimentos, em geral, devem ser compatíveis com a condição social do alimentado. Se *Antonio e Benedita*, marido e mulher, tinham três filhos, *Carlos, Darcy e Evaristo*, e sempre mantiveram, com o produto de seu trabalho, a família com determinado padrão de vida — residindo em bairros centrais, dispondo de motorista particular, viajando ao exterior todo ano, vestindo roupas boas, usufruindo de serviços médico-hospitalares de alta

qualidade etc. —, os filhos estão obrigados a sustentá-los se eles, na velhice, não conseguirem mais gerar o dinheiro suficiente para tanto. *Carlos, Darcy e Evaristo* estão obrigados a manter o mesmo padrão de vida que *Antonio e Benedita* lhes haviam proporcionado, quando lhes competia prover o sustento da família.

A regra geral, portanto, assegura ao alimentado o direito de receber do alimentante os recursos necessários à manutenção do mesmo padrão de vida, compatível com a sua condição social. Essa regra, contudo, não tem aplicação absoluta. Se a vida que o alimentante poderia ter com seu patrimônio e renda ficar injustificadamente prejudicada, desconstitui-se o direito do alimentado à manutenção do padrão de vida. Ninguém está obrigado a sustentar o luxo alheio, se isso o impedir de levar a vida que seu patrimônio e renda possibilitam. No exemplo anterior, em princípio, *Carlos, Darcy e Evaristo* estão obrigados a manter os pais no mesmo padrão de vida em que esses mantinham a família, quando aqueles viviam sob seus cuidados. Estarão desobrigados, contudo, se a manutenção do igual padrão de vida por *Antonio e Benedita* acarretar-lhes desfalque injustificado. Imagine que *Carlos* fique sem dinheiro para pagar uma boa escola para sua filha, *Fátima*, se tiver de custear a viagem de luxo dos pais dele. É evidente a completa falta de justificativa para o desfalque que a obrigação alimentar acarretaria ao alimentante nesse caso.

Mas *Darcy* não pode negar-se a contribuir com o pagamento do seguro-saúde dos pais, sob o pretexto de que o dinheiro correspondente destinar-se-ia à compra de brinquedos eletrônicos para seu filho, *Germano*. Aqui, o desfalque no padrão de vida do alimentante é em tudo justificável.

Para serem devidos alimentos compatíveis com a condição social do alimentado, assim, é necessário, em primeiro lugar, que o alimentante não tenha que se sacrificar injustamente para pagá-los. A inexistência de culpa é outro requisito para se constituir o direito aos alimentos compatíveis com a condição social do alimentado. Se o próprio alimentado arruinou culposamente seu patrimônio ou, podendo trabalhar, não se anima a fazê-lo por preguiça, o valor dos alimentos será fixado em patamar mínimo, isto é, pelo montante indispensável à subsistência dele (CC, art. 1.694, § 2º). Aproveitando ainda o mesmo exemplo, se *Antonio* e *Benedita* perderam na mesa do jogo parte substancial de seu patrimônio e renda, *Carlos*, *Darcy* e *Evaristo* não estão obrigados a sustentá-los no mesmo padrão de vida que tinham anteriormente. O valor dos alimentos, nesse caso, será fixado tendo em vista apenas evitar que *Antonio* e *Benedita* passem por privações básicas, como fome ou completa falta de assistência médica. Como foram os culpados pelas necessidades por que estão passando, devem suportar as consequências de seu comportamento indevido, experimentando a drástica redução

no padrão de vida. Os perdulários não têm direito senão aos alimentos mínimos.

Os alimentos são devidos aos parentes, cônjuges ou companheiros que não dispõem de patrimônio ou renda suficientes para a sua manutenção (alimentados), por aqueles que dispõem de meios para custeá-la sem prejuízo injustificado para o próprio padrão de vida (alimentantes).

O alimentado que não tiver sido culpado pelas suas necessidades tem o direito aos alimentos em

valor que ine permissa manier o padrão de vida compatível com sua condição social, desde que o alimentante possa arcar com ele, sem ficar injustamente prejudicado.

O valor dos alimentos deve ser estabelecido a partir dessas diretrizes: de um lado, o padrão de vida compatível com a condição social do alimentado; de outro, a inexistência de culpa pelo estado de necessidade e de desfalque injustificado no patrimônio ou renda do alimentado. Atendidos esses pressupostos, cabe ainda considerar as necessidades do alimentado e os recursos do alimentante (CC, art. 1.694, § 1º). Na quantificação do devido a título de alimentos, as necessidades do alimentado pressionam para cima o valor, enquanto os recursos do alimentante, para baixo. Quanto maiores as necessidades do alimentado, mais elevado será o valor dos alimentos; quanto menores as condições do alimentante, mais reduzido será esse valor. Mas, a despeito do critério legal, de nada adianta o alimentado ter certa necessidade se o alimentante não tem

recursos para atendê-la. Se a neta, ao ficar órfã, costumava frequentar semanalmente um caro cabeleireiro, mas os avôs não o podem pagar com suas minguadas aposentadorias, aquela necessidade não pode ser atendida. Do mesmo modo, não é porque o alimentante dispõe de amplos recursos, que o alimentado tem direito à elevação de seu padrão de vida. O irmão de quem ganha um grande prêmio lotérico não pode pedir-lhe alimentos para o atendimento de necessidades que anteriormente não possuía.

A obrigação alimentar pode deixar de existir ou mudar de valor, para mais ou para menos, em função de alterações nas condições econômicas do alimentado e alimentante. A existência e extensão da obrigação fixam-se sempre tendo em conta a situação patrimonial e econômica dos sujeitos ativo e passivo num determinado momento. Variando essa situação, varia igualmente a obrigação. Assim, se provar que o alimentado não tem mais certa necessidade (concluiu o tratamento médico, formou-se na Universidade etc.) ou passou a ter patrimônio ou renda suficiente para se manter (foi reempregado, ganhou indenização em juízo etc.), o alimentante pode pedir a exoneração da obrigação ou a redução do encargo. Por seu turno, o alimentado, provando ter novas necessidades (piora na saúde, nascimento de mais um filho etc.) ou a melhoria da condição do alimentante (aumento salarial, herança etc.), poderá pedir ao juiz a majoração do valor da obrigação (CC, art. 1.699).

Nessas variações devem-se atender rigorosamente os mesmos critérios acima indicados. A redução ou majoração dos alimentos é proporcional às mudanças nas necessidades do alimentado e condições do alimentante. O padrão de vida compatível com a condição social do alimentado deve ser, em princípio, buscado, mas cabe a redução se o alimentante passou a ter ele próprio uma necessidade que antes não tinha, para cujo custeio não pode ter os recursos desfalcados. Não basta a prova de que o alimentante melhorou sua condição econômica ou patrimonial, se a necessidade do alimentado não existia antes de serem devidos os alimentos.

A revisão dos alimentos em decorrência de mudança na condição econômica e patrimonial das partes não se confunde com sua atualização monetária. As prestações alimentícias devem ser atualizadas, pelo índice e periodicidade definidos pelas partes ou juiz, para que sua expressão monetária continue, ao longo do tempo, compatível com o atendimento das necessidades do alimentado, neutralizando-se os efeitos da inflação (CC, art. 1.710). Essa correção não aumenta o valor da prestação alimentícia, mas apenas a preserva; e, por isso, não se confunde com sua revisão para cima.

1.2. Classificação dos alimentos

Há interesse em três classificações dos alimentos.

a) *Em favor de parente ou de cônjuge ou convivente.* Por mais que se tenha esforçado o Código Reale no sentido de disciplinar os alimentos de forma unitária, independentemente do vínculo entre o credor e o devedor, cabe distinguir-se a hipótese de obrigação alimentar em favor de parente consanguíneo ou de pessoa com quem o alimentante esteve casado ou manteve união estável.

Os alimentos devidos em favor de parente têm por fundamento racional a função assistencialista da família. O exemplo mais relevante está na obrigação de sustento dos filhos menores pelos pais, que de certo modo é invertida, quando esses últimos alcançam idade em que o trabalho torna-se mais difícil ou menos rendoso. Também avôs e netos, assim como os irmãos, devem alimentos uns aos outros, quando um deles necessita e o outro pode prover (subitem 1.3).

Já os alimentos devidos a cônjuge ou convivente guardam relação com a condição de inferioridade da mulher, marcante no passado e ainda hoje encontrada em algumas relações de conjugalidade. Como a mulher não era estimulada a cultivar uma carreira profissional consistente, não conseguia libertar-se da dependência dos recursos do marido ou companheiro, mesmo depois da dissolução do vínculo conjugal; se tinha formação profissional, era comum abdicar, com o casamento, de prosseguir em sua carreira, defrontando, então, ao se divorciar, com enormes

dificuldades no reingresso no mercado de trabalho. De uma forma ou de outra, a mulher divorciada (ou cuja união estável se desfizera) tinha dificuldade de auferir renda compatível com o padrão de vida de que desfrutava no casamento.

Os alimentos em favor de cônjuge ou convivente é, a rigor, um anacronismo, que a lei deveria continuar contemplando apenas para tratar de forma justa a situação dessas mulheres, quando o esquema machista dos relacionamentos de antanho ainda fosse, por decisão do casal, adotado. Ao contrário de tratar a matéria como hipótese excepcional, justificável unicamente em favor da mulher, em função da persistência de esquemas dessa natureza, a lei a estendeu também ao sexo masculino. O homem, pelo direito vigente, pode reclamar alimentos de sua antiga esposa ou companheira (subitem 1.4).

b) Compatíveis com a condição social ou mínimos. Em termos gerais, o alimentado tem direito aos alimentos compatíveis com sua condição social, quando seu patrimônio ou renda são insuficientes para a manutenção do padrão de vida correspondente. Os alimentos devem ser fixados em montante que possibilite ao alimentado continuar a se vestir, comer, descansar e, de um modo geral, levar a mesma vida que levava antes do surgimento da necessidade. Isso significa que, exceto nas classes de menor renda, o valor devido pelo alimentante *ultrapassa em muito* o que

seria suficiente à mera subsistência do alimentado.

Em duas hipóteses, contudo, a título de sanção, a lei nega ao alimentado o direito aos alimentos compatíveis com a condição social, garantindo-lhe apenas o indispensável à sua subsistência. São as hipóteses de alimentos mínimos, a que têm direito o alimentado culpado pela deterioração de sua condição econômica e patrimonial (CC, art. 1.694, § 2º) e o cônjuge ou convivente culpado pelo fim da sociedade conjugal ou da união estável (art. 1.704, parágrafo único).

Classificam-se os alimentos de acordo com o vínculo entre credor e devedor (em favor de parente ou de cônjuge ou companheiro), segundo o valor (em compatíveis com a condição social ou mínimos) e pelo momento processual em que são fixados (em provisórios, provisionais ou definitivos.)

No caso de alimentos devidos a ex-cônjuge ou ex-companheiro, a condição social do alimentando a ser considerada varia segundo este tenha ou não contribuído para a melhoria dela. Explico-me. Alguém pode, durante o tempo de duração do casamento ou da união estável, melhorar sua condição social em razão de esforços pessoais, como a conclusão de curso superior, por exemplo. Se for este o caso, ou seja, se a melhoria da condição social deve-

se, em parte, a esforços pessoais do alimentando, é a situação ao tempo do divórcio ou do desfazimento da união estável que deve ser levada em conta. Se, porém, a melhoria na condição social durante o casamento ou a união estável deveu-se exclusivamente a esforços do outro cônjuge ou companheiro, a situação a considerar é a anterior ao vínculo horizontal. Assim, por exemplo, se o casal melhorou sua condição social graças não só ao trabalho do marido como também a esforços pessoais da mulher, os alimentos que aquele deve pagar a esta, quando devidos pelo valor da compatibilidade com a condição social, devem assegurar o mesmo padrão de vida que a alimentada estava levando ultimamente, como esposa ou companheira. Se, porém, a melhoria da condição social do casal deveu-se exclusivamente ao trabalho do marido, tendo a mulher se acomodado e apenas usufruído da situação econômica favorável, a condição social a considerar é a anterior ao casamento ou à união estável.

c) *Provisórios, provisionais* ou *definitivos*. Tão logo despache a petição inicial da ação de alimentos, o juiz fixa o valor a ser pago pelo réu durante a tramitação do feito, a menos que o autor declare não precisar deles (Lei n. 5.478/68, art. 4º). Esses são os alimentos provisórios. Em medidas cautelares preparatórias ou incidentais às ações de divórcio, nulidade ou anulação de casamento, o juiz pode fixar o valor a ser pago pelo demandado para atender à

situação emergencial em que se encontra o demandante. Esses são os provisionais (CC, art. 1.706; CPC, art. 852). Finalmente, ao sentenciar, já encontrando nos autos todos os elementos para a quantificação adequada da obrigação, o juiz determina o valor dos alimentos definitivos.

A rigor, como mostra Luiz Edson Fachin, todos os alimentos são provisionais e provisórios, nunca definitivos (2003:292/294); quer dizer, objetivam prover os recursos de que necessita o alimentado e sempre comportam revisão, quando alterada a condição econômica e patrimonial das partes, ou de uma delas. Essa classificação, não obstante, tem serventia no campo do direito processual.

1.3. Alimentos para parentes

Tanto os filhos podem reclamar alimentos dos pais, como estes, daqueles. O direito aos alimentos é recíproco entre pais e filhos. Estende-se, ademais, a todos os ascendentes e descendentes, titulando a obrigação os parentes de grau mais próximo (CC, art. 1.696). Assim, o neto órfão tem direito de reclamar alimentos dos avós, assim como estes daquele — dependendo de quem esteja necessitado ou tenha meios para sustentar. É irrelevante, para imputação da obrigação alimentar aos pais e filhos, a espécie de filiação que os une. Tanto na filiação biológica como não biológica, é obrigação de ascendentes e descendentes alimentarem-se uns aos outros. Também,

claro, o filho reconhecido — voluntariamente ou por condenação em ação investigatória — faz jus aos alimentos (art. 1.705).

A lei estabelece uma ordem, imputando a obrigação inicialmente aos ascendentes e, apenas em sua falta, aos descendentes (art. 1.697, primeira parte). Desse modo, se o necessitado tem pai e filhos, ambos em condições de pagar os alimentos, está obrigado a fazê-lo o primeiro apenas; só no caso de vir a falecer o pai obrigado, os filhos dessa pessoa passam a dever-lhe alimentos.

Quem não tem ascendentes ou descendentes pode reclamar os alimentos dos irmãos, tanto bilaterais como unilaterais (CC, art. 1.697, *in fine*). Cessa nesse grau, contudo, o parentesco gerador da obrigação alimentar. Os afins e os colaterais além do segundo grau não estão obrigados a prover alimentos uns aos outros.

Se o parente obrigado aos alimentos não tem meios para arcar com o seu valor integral, os demais serão chamados a complementar a pensão (CC, art. 1.698, primeira parte). Quando o valor pago pelos pais é insuficiente e eles não têm como arcar com todo o sustento do alimentado (RT, 839/322), este pode pleitear alimentos subsidiários dos avós (RT, 839/228), desde que eles tenham como provê-los (RT, 821/333). Pais e avós em condições de pagar os alimentos assumem, então, quotas proporcionais à responsabilidade de cada um (RT, 838/326).

Sendo várias as pessoas obrigadas a prestar os alimentos — como nos casos, por exemplo, de dois ou mais filhos responsáveis pelo sustento da mãe viúva, dos pais divorciados alimentando os filhos, dos avôs que pagam pensão alimentícia complementar ao neto —, cada um contribuirá segundo suas condições (CC, art. 1.698). Sendo um dos alimentantes mais rico que o outro, as quotas serão proporcionais, de modo a imputar-lhe maior responsabilidade. A regra da proporção é aplicável também no caso de divórcio ou dissolução da união estável, relativamente aos alimentos devidos aos filhos. Se os pais são divorciados ou viviam em união estável agora desfeita, cada um é responsável pelos alimentos do filho proporcionalmente aos respectivos recursos econômicos e patrimoniais (art. 1.703). Dessa maneira, se, por exemplo, a mãe ganha mais que o pai, ela deve responder por porção maior dos alimentos de que necessita o filho.

Não há, de outro lado, solidariedade entre os coalimentantes, porque a lei não a estipula expressamente. A solidariedade, lembre-se, não se presume (Cap. 14, item 7). Desse modo, o alimentado não pode cobrar de qualquer um dos alimentantes a integralidade dos alimentos, para que eles se acertem em regresso. Se o alimentado deixa de receber a quota cabível a um alimentante, só dele pode exigir a prestação.

Os filhos, em princípio, têm direito aos alimentos desde

a concepção (Pimentel Pereira, 2003:47/48) até a maioridade. Com 18 anos, como regra, cessa o poder familiar e a obrigação de os pais proverem o sustento do descendente. Maior e capaz, passa a ser responsável por sua manutenção.

O limite de idade, a partir do qual cessa a obrigação dos pais de sustentar o filho, deve ser expandido no caso de ele se encontrar ainda estudando (*RT*, 840/751). Mas para que não se estimule a vagabundagem, a extensão do limite de idade tem sentido apenas no caso de o filho corresponder ao gasto. Isto é, se, aos 18 anos, ele ainda não concluiu o ensino médio, a maioridade libera os pais de qualquer obrigação alimentar (Cahali, 2004:219). Com toda justiça, tem-se atribuído aos pais a obrigação de continuar a sustentar os filhos até a formatura em curso superior, quando então estarão aptos a prover sua manutenção com os resultados da profissão obtida (Zuliani, 2006); mas desfaz-se qualquer sentido de justiça em tal atribuição quando o filho deixa de mostrar o empenho razoavelmente exigido nos estudos. Se atrasa a conclusão do curso superior, propositadamente ou por mau desempenho escolar, o filho maior de 18 anos perde o direito de continuar sendo alimentado pelos pais. Aqui, não pode ter aplicação o critério geral de fixação dos alimentos, a partir das necessidades do alimentado, inclusive relacionadas à educação. A sua observância implicaria despropositado estímulo ao descumprimento, pelo filho, de sua obrigação de estudar.

Outro fator que justifica a extensão do limite de idade de cessação da obrigação alimentar é a falta de capacidade física ou mental para o filho prover seu próprio sustento, mesmo depois de fazer 18 anos. Quando o filho é portador de doença mental, a maioridade não implica exoneração da obrigação de alimentar (RT, 830/321). Do mesmo modo, se porta deficiência física que o inabilita para qualquer trabalho, continua credor de alimentos.

Os filhos menores não têm direito de acrescer a quota-parte do irmão que perdeu o direito aos alimentos (RT, 821/241). Desse modo, se o pai paga alimentos no valor de \$ 100 a dois filhos, e um deles, por força da maioridade ou da conclusão do curso superior, perde o direito de recebê-los, reduz-se o valor da pensão alimentícia devida para \$ 50. O filho que continua titulado o direito aos alimentos não pode acrescer à sua quota a do irmão.

Os parentes consanguíneos em linha reta e os colaterais até segundo grau inclusive devem uns aos outros alimentos, quando qualquer um deles não tem renda

ou patrimônio para se manter no padrão compatível com sua condição social e o outro pode pagá-los sem desfalque injustificável para sua própria vida.

Os alimentos são devidos no patamar mínimo, porém, suficiente à sobrevivência do parente necessitado, se tiver sido dele a culpa pela deterioração do patrimônio ou receita.

De outro lado, o limite de idade para a cessação da obrigação alimentar dos pais em relação ao filho abrevia-se na hipótese de casamento, união estável ou concubinato do alimentado (CC, art. 1.708). Quando o filho se casa ou

constitui união estável, entende-se que passou a formar nova família e está em condições de arcar com o seu sustento, contando apenas com o resultado de seu próprio trabalho e de seu consorte ou convivente. Se mantém concubinato, pressupõe-se que está maduro para cuidar de si mesmo. Num ou noutro caso, estão dispensados os pais (e demais parentes) de prover os alimentos.

Cessa, por fim, a obrigação de alimentar quando o credor portar-se de modo indigno em relação ao devedor (CC, art. 1.708, parágrafo único). Os alimentos, malgrado sua natureza de obrigação legal, correspondem a um sacrifício imposto ao alimentante em benefício do alimentado. Este deve ser, por isso, grato àquele. Se não o for e chegar a manifestar a ingratidão por gestos, falas ou condutas, perderá o direito que titula.

1.4. Alimentos para cônjuges e companheiros

O desfazimento da sociedade conjugal acarreta naturalmente a redução do padrão de vida da família. É fácil percebê-lo: o mesmo dinheiro que antes bastava para viverem todos sob um único teto deverá, agora, ser empregado na manutenção de duas casas. Isso é inevitável, e, independentemente de quem tomou a iniciativa de propor a separação ou foi o culpado pela dissolução da sociedade conjugal, sofrerão todos os membros da família — cônjuges e filhos — os efeitos econômicos e patrimoniais do término

da sociedade conjugal.

Não quer a lei, no entanto, que um dos cônjuges experimente uma acentuada redução em seu padrão de vida, tornando-o incompatível com a condição social dele, se não tiver sido o culpado pelo fim do relacionamento. Por essa razão, o inocente, se seu patrimônio e rendas forem insuficientes para garantir-lhe padrão de vida compatível com sua condição social, tem direito aos alimentos que o assegurem. Em qualquer caso, tenha ou não rendimentos próprios, o cônjuge irá experimentar, como visto, alguma redução no padrão que levava. É incontornável. O direito aos alimentos existe, em consequência, apenas se o cônjuge, *não tendo patrimônio ou renda que lhe permita viver em padrão compatível com sua condição social*, experimentar uma *acentuada* queda nesse padrão.

Se o cônjuge possui trabalho cuja remuneração lhe permite viver em padrão compatível com sua condição social, não terá direito aos alimentos. Imagine que o executivo de empresa de grande porte seja casado com uma milionária. Enquanto perdura a relação conjugal, os dois fazem constantes viagens ao exterior no jatinho particular de propriedade desta última. Ao se separarem, o executivo deixará de usufruir desse conforto, sofrendo a correspondente redução no elevadíssimo padrão de vida que levava. Mas não terá direito a alimentos, nem mesmo com o objetivo de compensação da perda sofrida. Isso

porque ele dispõe de renda que possibilita manter-se em padrão de vida compatível com sua condição social. O Código Civil, no art. 1.694, assegura especificamente “os alimentos de que necessitem (os cônjuges) para viver de modo compatível com a sua condição social”. Se assim é, então os alimentos serão devidos quando o cônjuge, com a própria renda, consegue viver de modo compatível com sua condição social, ainda que verificada alguma diminuição do padrão de vida que tinha durante o casamento.

Imagine, agora, que um empresário de sucesso casou-se com mulher que, apesar de ser filha da classe média e ter condições para fazer um curso superior, contentara-se apenas com o técnico de secretariado bilíngue. Com o casamento, deixou de trabalhar fora e passou a cuidar exclusivamente da administração doméstica. Durou o casamento cerca de dez anos, durante os quais a mulher não se interessou em se atualizar em sua formação, ou mesmo adquirir profissão de nível superior. Usufruiu, nesse tempo, o padrão de vida que o marido custeava sozinho. Evidentemente, na separação, se a partilha não lhe destinou patrimônio suficiente para gerar os rendimentos para uma vida de padrão de classe média, por mais que se esforce essa infeliz, não conseguirá trabalho que lhe proporcione renda para tanto. Só conseguirá viver *de modo compatível com a sua condição social*, se puder contar com os alimentos do ex-marido. Terá direito a eles, nesse caso, a menos que tenha

sido dela a culpa da dissolução da sociedade conjugal.

Em princípio, com o divórcio, rompido o vínculo conjugal existente entre os cônjuges, deixam estes de titular, um em relação ao outro, o direito aos alimentos (Cahali, 1978:1122). Apenas se, no acordo de divórcio ou na sentença que a decretou, ficou um dos ex-cônjuges obrigado a pagar alimentos ao outro, a obrigação se prolonga além do término do vínculo conjugal.

Esta regra geral, no entanto, não tem aplicação naqueles casamentos em que parte substancial das despesas do casal corria exclusivamente por conta de um dos cônjuges, se não tem o outro como prover, uma vez divorciado, seu próprio sustento. Deste modo, no divórcio, o cônjuge que não dispuser de meios para se manter tem o direito de ser alimentado pelo outro, na medida de suas necessidades e dos recursos do alimentante. Se não tiver sido o culpado pelo divórcio, o valor dos alimentos será o compatível com sua condição social; mas se a culpa tiver sido do alimentado, fará jus unicamente aos alimentos mínimos, vale dizer, os indispensáveis à sobrevivência. É o previsto nos arts. 1.702 e 1.704 e seu parágrafo único, do Código Civil. Note-se que estes dispositivos falam em “separação”, e não em “divórcio”. Isto porque foram editados antes da EC n. 66/2010, que aboliu aquela primeira fase da dissolução do vínculo matrimonial. Estas disposições do Código Civil, no entanto, bem examinadas, continuam vigentes, posto não

serem incompatíveis com a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição.

No divórcio e na dissolução da união estável, o cônjuge ou companheiro que necessitar de alimentos para se manter pode reclamá-los do outro.

Se tiver patrimônio ou renda para viver em padrão compatível com sua condição social, não fará jus aos alimentos.

Quando os alimentos forem devidos, seu valor será diferente de acordo com a culpa do alimentado para o divórcio ou a dissolução da sociedade conjugal

dissolução da sociedade conjugal.

Se ele não foi o culpado, os alimentos serão no valor necessário à manutenção do padrão de vida compatível com a condição social do alimentado; se foi, corresponderá ao suficiente para a sua sobrevivência (alimentos mínimos).

Se o vínculo de conjugalidade não era o casamento, mas a união estável, os critérios são rigorosamente idênticos. O companheiro ou companheira que não dispõe de patrimônio ou renda para se manter após a dissolução da união estável, tem o direito de cobrar alimentos do outro. Se não tiver sido o culpado ou culpada pela dissolução da união, o valor dos alimentos será o que sustente padrão de vida compatível com a condição social do alimentado; se tiver sido dele a culpa do fim do relacionamento estável, o valor será apenas o que bastar para a sobrevivência.

Cessa a obrigação alimentar em favor do cônjuge ou convivente em duas hipóteses: novo casamento, união estável ou concubinato do alimentado e se este se comportar de maneira indigna em relação ao alimentante (CC, art. 1.708 e parágrafo único). Novas núpcias do alimentante, porém, não extinguem a obrigação de alimentar constante da sentença de divórcio (art. 1.709).

1.5. Alimentos gravídicos

Durante a gestação, a gestante incorre naturalmente em certas despesas relacionadas à sua saúde e à do bebê. Necessitam ambos de exames médicos periódicos especializados e, por vezes, tratamento clínico ou até mesmo cirurgia. Essas despesas, que a lei chama de “adicionais do período de gravidez”, devem ser repartidas entre a gestante e o pai, na proporção dos recursos de cada um. Quando o pai resiste a cumprir sua parte nessa obrigação, pode-se requerer ao juiz a fixação de *alimentos gravídicos*, consoante o previsto na Lei n. 11.804/2008. O juiz, diante dos indícios de paternidade, fixará os alimentos gravídicos. Nascendo o filho com vida, o pai continuará devedor da prestação mensal, mas agora a título de alimentos *em geral* e até que seja requerida (por ele ou pelo filho) a revisão judicial.

1.6. Falecimento do alimentante

A obrigação alimentar é personalíssima e, portanto, intransmissível. Falecendo o alimentante, ela desaparece.

O art. 1.700 do Código Civil expressou-se imperdoavelmente mal, ao dispor que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor”. Isso porque, levado esse infeliz dispositivo ao pé da letra, algumas situações claramente absurdas estariam legitimadas. Se a obrigação alimentar fosse realmente transmissível aos herdeiros, o cônjuge sobrevivente do segundo casamento teria de sustentar o antigo consorte do falecido, a filha seria devedora de alimentos em favor do homem que conviveu alguns anos com sua mãe, após ela enviuvar, e assim por diante.

A rigor, quis dizer a lei, no dispositivo em questão, que o espólio continuará a pagar os alimentos devidos pelo *de cuius* até a partilha, computando-se os valores recebidos como antecipação da quota cabível ao alimentado. É assim que a jurisprudência vinha decidindo antes da entrada em vigor do Código Reale (RT, 839/317), e continuou a decidir (Cahali, 2004:246/260). Em nenhuma hipótese, portanto, os alimentos poderão ser pagos além das forças da herança, na parte proporcional ao quinhão do alimentado (cf. Oliveira, 2004).

Interpretar de modo diverso o art. 1.700 do Código Civil, como se o herdeiro sucedesse o autor da herança na obrigação alimentar, importa clara descaracterização dos

alimentos como obrigação personalíssima (Pimentel Pereira, 2003:9/13) e desrespeito ao direito constitucional à herança (CF, art. 5º, XXX).

Considere que o falecido deixou aos dois filhos, seus únicos herdeiros, porções iguais de seu patrimônio. Enquanto vivia, pagava alimentos a um deles somente, por ser menor de idade. Com a morte do alimentante, extingue-se a obrigação alimentar, assim como se extinguiria se morresse o alimentado. Trata-se de obrigação personalíssima, lembre-se. Para que o herdeiro menor não sofra nenhum prejuízo, o espólio continuará pagando-lhe a prestação correspondente à pensão alimentícia. Mas, na hora da partilha, os valores pagos devem ser debitados do quinhão atribuível a esse herdeiro. Se não for feita a compensação, desrespeita-se o direito constitucional titulado pelo irmão maior, que, então, receberia porção inferior da herança.

2. TUTELA

Quando o menor fica órfão de pai e mãe, alguém deve se responsabilizar por ele. Alguém que o proteja, dirija-lhe o restante da criação e educação e zele por seus interesses. Em razão da falta de capacidade civil, o órfão continua a necessitar de representante (enquanto impúbere) ou assistente (quando púbere), para a prática de negócios jurídicos. Finalmente, se possui patrimônio, a criança ou adolescente precisa de alguém capaz para administrá-lo.

Essa pessoa que se responsabiliza pelo menor órfão de pai e mãe é chamado *tutor*; a criança ou adolescente sob seus cuidados chama-se *tutelado* ou *pupilo*.

A mesma necessidade de se designar pessoa capaz como responsável pela criança ou adolescente existe no caso de os dois pais serem destituídos do poder familiar. O menor, nesse caso, também será posto sob tutela. A rigor, são três os casos em que a lei determina a nomeação de tutor para a criança ou adolescente: morte dos dois pais, ausência de ambos decretada por sentença ou destituição deles do poder familiar (CC, art. 1.728).

O tutor não substitui os pais do tutelado, nem mesmo sob o ponto de vista jurídico. Ele não titula os direitos associados ao poder familiar; apenas fica incumbido de algumas das funções que os pais exerciam. Aquelas funções por assim dizer *práticas* que se relacionam à paternidade ou maternidade, as que não podem aguardar a maioridade do sujeito. Em certo sentido, a tutela se contrapõe ao poder familiar, porque ela não tem lugar enquanto ele existir; recuperado o poder familiar perdido, sai o menor da tutela. Enquanto um dos pais viver ou titular o poder familiar, concentram-se nas mãos dele todos os direitos associados a esse poder e não há razões para ser dado tutor ao menor. Somente falecendo os dois, ou decaindo ambos do poder sobre o filho, dar-se-á a tutela.

Diz-se que a tutela é um *múnus público*, um encargo que

a lei imputa ao tutor. Não tendo sido indicado, pelos pais, ninguém para o seu exercício, a tutela caberá a um dos parentes do menor, nomeado pelo juiz a partir de uma ordem prevista na lei. Desse modo, tratando-se de tarefas que familiares devem assumir, na falta dos pais, contextualiza-se a tutela na função assistencial da família (Diniz, 2003:1334). O tio deve responsabilizar-se pelo sobrinho órfão de pai e mãe, em razão do vínculo familiar que os une.

Falecendo pai e mãe, ou sendo ambos destituídos do poder familiar, será dado tutor ao filho menor, que se responsabiliza por cuidar dele e administrar seu patrimônio.

Nem sempre, porém, a tutela é vista como um pesado fardo. Em primeiro lugar, o afeto, quando presente nos laços familiares, costuma afastar qualquer ideia de descabido

transtorno. Os parentes não hesitam, nesse caso, de acolher o menor calorosamente, dando-lhe com amor todo o apoio necessário, num momento tão doloroso — morte ou afastamento de ambos os pais. Mas ainda que não exista qualquer vínculo afetivo, se o menor herda patrimônio valioso, não faltarão interessados no exercício da tutela, para os quais os encargos de tutor nunca parecerão exaustivos.

O menor abandonado, aliás, é o que não se enquadra em qualquer dessas situações. Não tem parente no mundo disposto a cuidar dele desinteressadamente, nem patrimônio. Nesse caso, o juiz poderá determinar o recolhimento da criança ou adolescente a estabelecimento público destinado a essa finalidade (FEBEM), se não encontrar ninguém que, gratuita e voluntariamente, se disponha a tutelá-lo (CC, art. 1.734).

Cessa a tutela, em primeiro lugar, com a maioridade ou emancipação do pupilo (CC, art. 1.763, I). Nesse caso, não há mais razões para continuar alguém se responsabilizando por ele, já que passou a ser sujeito de direito capaz. Também é causa de cessação da tutela o restabelecimento do poder familiar, inclusive pela adoção ou reconhecimento de paternidade ou maternidade (art. 1.763, II). Aqui, embora o menor ainda necessite que alguém zele pelos seus interesses, a função não caberá mais ao tutor, mas sim ao titular ou titulares do poder familiar, isto é, o genitor ou genitora que o reconheceu voluntariamente ou foi

condenado em ação investigatória ou os pais adotivos.

Não se confunde a cessação da tutela com a das funções do tutor. Naquela, desaparecem as razões que justificavam submeter a criança ou adolescente à tutela. Na cessação das funções do tutor, o menor continua sob tutela, mas é substituído o sujeito a quem ela foi cometida. Claro que nos dois casos de cessação da tutela, também o tutor deixa suas funções. Ocorrerá, no entanto, a cessação das funções do tutor, sem que cesse a tutela, em três hipóteses (CC, art. 1.764). *Primeira*, o fim do prazo durante o qual o tutor está obrigado a exercer a tutela, que é de dois anos (art. 1.765). Por ser a tutela um *múnus*, considera a lei que ninguém pode ser obrigado a desempenhá-lo por muito tempo. A cada dois anos, assim, abre-se a oportunidade de o tutor se exonerar do encargo, passando-o a outro parente do menor ou mesmo a pessoa de confiança do juiz. Não haverá a cessação da função depois desse prazo se o tutor tiver disposição de continuar nela e o juiz considerar a continuidade conveniente ao menor (art. 1.765, parágrafo único). *Segunda*, a superveniência de escusa legítima. Se, por exemplo, a tutora se casa ou ingressa no serviço militar, pode escusar-se legitimamente do exercício da tutela, nos dez dias seguintes (subitem 2.2). *Terceira*, a destituição (ou remoção) do tutor, decretada pelo juiz a qualquer tempo, sempre que a medida se revelar a mais adequada aos interesses do menor tutelado. No caso, por exemplo, de

incorrer o tutor em ato negligente no exercício da função, de prevaricação ou incapacidade, a cessação da função deve ser determinada (art. 1.766).

2.1. Espécies de tutela

Há três espécies de tutela: testamentária, legítima e dativa.

Na *tutela testamentária*, o tutor é a pessoa escolhida de comum acordo pelo pai e mãe do menor. Verifica-se essa espécie de tutela quando os pais não consideram que os seus parentes estejam aptos para cuidar dos interesses do filho e guiar-lhe o restante da criação e educação; ou quando pensam que um deles especificamente tem esta aptidão e desejam afastar da função os que o antecedem na ordem legal. Se entendem que qualquer de seus parentes pode tutelar o filho de modo satisfatório, não há razões para escolherem o tutor.

Compete aos pais *em conjunto* a nomeação do tutor (CC, art. 1.729). Inexiste o negócio jurídico se a indicação é feita por um deles somente. Há tecnólogos que entendem válida a designação de tutor feita por um só dos pais, mesmo enquanto vive o outro, ou de tutores diferentes pelo pai e mãe, em instrumentos separados, cabendo nesse caso ao juiz escolher o tutor entre os dois nomeados. Consideram que a escolha de qualquer dos pais é sempre melhor que a da lei (Azevedo, 2003:325). Não deve ser adotado esse

entendimento, porém, se ficar demonstrado que o nome preferido por um dos cônjuges era vetado pelo outro. De um modo geral, contra a vontade do pai ou da mãe, ninguém pode ser investido na função de tutor. Se cada um optou por atribuir o encargo a pessoa diversa, pode ser que tivessem ambos sérias reservas em relação à pretendida pelo outro. O juiz, então, deve nomear tutor, de acordo com a ordem legal.

Para a validade da nomeação do tutor é indispensável que os pais estivessem, ao falecerem, no pleno exercício do poder familiar. Não terá eficácia (a lei fala imprecisamente em “nulidade”) a designação feita se morreram decaídos desse poder (CC, art. 1.730). Mesmo que pai e mãe titulassem o poder familiar quando fizeram a declaração de vontade nomeando o tutor, se não mais o titulavam ao falecerem, não será eficaz a nomeação.

Essa espécie de tutela é denominada testamentária porque, a exemplo dos testamentos, refere-se à declaração de vontade cujos efeitos só se projetam com a morte do declarante. A nomeação do tutor, assim, pode ser instrumentalizada num testamento, mas não necessariamente. A lei autoriza que o seja também por qualquer outro documento autêntico (CC, art. 1.729, parágrafo único), vale dizer, uma escritura pública ou instrumento particular com firma reconhecida dos pais.

Não existe o compartilhamento dos encargos da tutela (Cahali, 2004:326/327). Em qualquer caso, mesmo que o tutor

seja casado ou viva em união estável, a função é cometida a um sujeito de direito individualmente. Nomeada, assim, mais de uma pessoa como tutora, em cláusula testamentária ou do instrumento autêntico, sem que os pais tenham fixado qualquer precedência, o primeiro a ser referido será o tutor. O outro ou outros referidos no documento de nomeação serão substitutos dele, em caso de morte, incapacidade, escusa ou impedimento, respeitada a ordem pela qual foram indicados (CC, art. 1.733, § 1º).

A nomeação do tutor, na tutela testamentária, pode ser feita sob condição ou a termo (Miranda, 1916, 3:325/326). Os pais podem estipular que determinada pessoa será tutora de seus filhos, desde que esteja casada ao tempo da tutela, ou ainda resida na mesma cidade etc. Nesse caso, condicionam a investidura do nomeado na função de tutor ao atendimento do pressuposto, de fato ou de direito, por eles consignado. Também lhes é facultado limitar, no tempo, o exercício da tutela, estabelecendo, por exemplo, o rodízio na função entre duas ou mais pessoas a cada ano.

Na *tutela legítima*, o tutor é escolhido pelo juiz entre os parentes consanguíneos do menor, obedecida a ordem disposta na lei. Seu pressuposto é a inexistência de nomeação pelos pais. A escolha do juiz deve-se nortear, por óbvio, em função das aptidões dos parentes em zelar pelos interesses do tutelado, em busca do que se mostra mais preparado.

A ordem da lei prioriza, de início, os ascendentes e, entre esses, os de grau mais próximo (CC, art. 1.731, I). Assim, o juiz deve considerar, em primeiro lugar, os avós da criança ou adolescente posto sob tutela. Não há nenhuma hierarquia entre eles, podendo a escolha recair sobre o avô ou avó, paterno ou materno, dependendo exclusivamente do que o juiz considerar mais apto ao exercício do múnus público. Não sendo vivo nenhum deles, mas vivendo bisavô ou bisavó, a ordem legal de preferência aponta para o ascendente de terceiro grau.

Em segundo lugar, na ordem da tutela legítima, encontram-se os parentes colaterais até terceiro grau, preferindo os mais próximos aos remotos e os mais idosos aos jovens (CC, art. 1.731, II). Desse modo, não havendo ascendentes, o juiz deve considerar os irmãos e irmãs capazes, paternos ou maternos, germanos ou unilaterais, hierarquizando-os pela idade, partindo do mais velho. Não havendo nenhum irmão ou irmã em condições de assumir as funções de tutor, o juiz deve, enfim, atentar para os tios e tias, de qualquer lado da família, hierarquizando-os mais uma vez de acordo com a idade. O tio, ou tia, mais velho será, então, nomeado tutor.

Nos estritos termos da lei, ao juiz não caberia fugir minimamente da ordem nela estabelecida, devendo nomear o parente sempre com estrita observância do critério do legislador. Em outros termos, a tutela legítima recairia

necessariamente no familiar já definido, de antemão, pela norma legal. Esse rigor, contudo, não tem sido obedecido. Entre um bisavô, antiquado e sem energia, e o mais jovem dos tios, dinâmico e competente, embora a lei prefira — não se consegue atinar bem por quais razões — o primeiro, o juiz pode ficar com o outro. Sempre que o interesse do menor justificar, a ordem legal da tutela legítima pode ser esquecida (cf. Gonçalves, 2005:577/579).

Por fim, na *tutela dativa*, o juiz escolhe o tutor fora do círculo familiar do menor. Dá-se a hipótese quando falta nomeação pelos pais e não vive nenhum dos parentes arrolados na ordem legal de investidura. Também é dativa a tutela quando os tutores testamentários e legítimos foram excluídos da função, dela se escusaram ou a perderam por inidoneidade (CC, art. 1.732). De um modo geral, se não estão em condições de exercer a função os nomeados pelos pais nem os parentes consanguíneos do menor, ou se eles não existem, o juiz escolherá pessoa da confiança dele para servir de tutor. São dois os requisitos a serem atendidos pelo dativo: idoneidade e residência no mesmo Município em que se encontra o domicílio do menor.

De acordo com a designação do tutor, a tutela pode ser testamentária (ele é nomeado pelos pais, em conjunto, no testamento ou outro documento autêntico), legítima (nomeado pelo juiz entre os parentes do menor, obedecida a ordem legal) ou dativa (a nomeação recai sobre pessoa idônea e residente no mesmo Município do domicílio do menor, da confiança do juiz).

Em qualquer espécie de tutela, o tutor deve mostrar-se idôneo e apto ao desempenho das funções que lhe são cometidas. Deve estar, ademais, em condições de zelar pelos

interesses do menor. Algumas das hipóteses mais visíveis de inaptidão ou impedimento para a nomeação estão listadas na lei (CC, art. 1.735).

Não podem ser tutores, nesse sentido: a) os que não tiverem a livre administração de seus bens (incapazes, falido enquanto não reabilitado etc.); b) os credores e devedores do menor, por obrigação já vencida na época da investidura; c) os pais, filhos ou cônjuges de quem litiga contra o menor; d) os inimigos do menor ou de seus pais; e) os que foram excluídos da tutela pelo pai ou mãe; f) os condenados por crime de roubo, furto, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, mesmo que tenham já cumprido a pena; g) pessoas de maus procedimentos, com deficiência na probidade ou que foram excluídas, no passado, da função de tutor; h) os que exercem função pública, incompatível com a boa administração da tutela (é governador do Estado, prefeito de cidade de porte etc.).

2.2. O tutor e suas responsabilidades

A tutela é um *múnus público*. Isso significa que o nomeado pelos pais ou pelo juiz, em princípio, não pode recusar-se a exercê-la. Contempla a lei, no entanto, algumas hipóteses em que a escusa é admissível. Estão relacionadas, *grosso modo*, a situações em que o nomeado, por força da idade ou de outras responsabilidades, presumivelmente ficaria sobrecarregado além do razoável caso tivesse de

cuidar do menor órfão ou liberado do poder familiar. Assim sendo, podem legitimamente escusar-se do encargo de tutor a mulher casada (a lei, num rompante machista, parece considerar que o tempo dela deve estar tomado pelos cuidados devotados ao marido), os maiores de 60 anos (dos quais não se devem exigir mais contribuições à sociedade além das que já deram) e os que têm sob sua autoridade mais de três filhos (quando, realmente, restaria pouco tempo para os assuntos do tutelado). Também os impossibilitados por enfermidade ou que residem em local distante daquele em que devem exercer a tutela e os militares em serviço podem recusar a designação. Finalmente, os que já têm sob os seus cuidados um menor ou incapaz, isto é, já são tutor ou curador, estão dispensados de assumir mais um múnus público (CC, art. 1.736). O nomeado para a tutela dativa pode, por seu turno, legitimamente exonerar-se indicando que o menor tem parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la (CC, art. 1.737).

A escusa deve ser manifestada ao juiz nos dez dias seguintes ao da designação, sob pena de se entender renunciado o direito. Se a causa para a escusa legítima sobrevier à investidura, o prazo conta-se de sua verificação (CC, art. 1.738). O tutor pode, desse modo, nos dez dias seguintes à data em que completou 60 anos, pedir ao juiz a dispensa do encargo. Não o fazendo, presume-se ter renunciado ao direito de se escusar. Ficará na função até se

completar o biênio em curso.

Investido na função de tutela, o tutor passa a ter responsabilidades em relação à pessoa e ao patrimônio do menor.

Em relação à pessoa do menor (CC, art. 1.741), incumbê-lhe dirigir a educação, definindo a escola em que deverá estudar, os cursos extracurriculares que convém fazer, bem como controlando seu rendimento, motivando e orientando o tutelado. Não dispõe o tutor do poder familiar, de modo que não tem o direito de aplicar-lhe castigos, físicos ou morais, senão com autorização judicial. Evidentemente, as medidas de correção pedagógicas, de que não possam derivar sérias consequências negativas e que se revelem necessárias no cotidiano do relacionamento com o tutelado, o tutor pode aplicar sem autorização do juiz.

Cabe ao tutor defender o menor, tendo-o em sua companhia e guarda, se isso for necessário à segurança dele. Nessa incumbência, que se deve interpretar de forma ampla, incluem-se os cuidados com a saúde, alimentação e crescimento psicológico da criança ou adolescente. Igualmente é ato de defesa do menor, a cargo do tutor, demandar em nome dele o pagamento de alimentos contra os parentes obrigados e em condições de provê-los. O tutor só está obrigado a prestar ele próprio os alimentos ao pupilo, de acordo com sua condição econômica, patrimonial e social, no caso de não dispor este último de patrimônio ou renda

que lhe garanta a sobrevivência, nem de parentes em condições de provê-los. Tendo o menor bens e receita suficientes para sua manutenção, não terá o tutor responsabilidade nenhuma de pagar alimentos; mas apenas de administrar os recursos do pupilo, de modo a atender às necessidades dele. O juiz, nesse caso, arbitrará as quantias necessárias à educação e sustento do tutelado, se os pais não as tiverem estabelecido (CC, art. 1.746). Não estará igualmente obrigado o tutor a alimentar o tutelado se este tem parentes com a obrigação de prover-lhe o sustento

Em síntese, afora as especificidades da obrigação alimentar, o tutor tem as mesmas responsabilidades, em relação à pessoa do menor, que os pais têm relativamente aos seus filhos. Se o tutelado for adolescente (tiver 12 anos ou mais), o tutor deve levar em conta a opinião dele, em todos os atos que praticar no exercício da tutela.

Já em relação aos bens, cabe ao tutor administrá-los no interesse e proveito da criança ou adolescente sob seus cuidados (CC, art. 1.741). Terá, nesse caso, a mesma responsabilidade que os demais administradores de interesses alheios, como procurador, diretor de sociedade empresária, administrador judicial de massa falida, interventor em instituição financeira nomeado pelo Banco Central etc. Em síntese, ele responde por má administração dos interesses do menor. Se praticar algum ato que importe prejuízo ao pupilo (aluguel de bem a preço inferior ao de

mercado) ou evidentemente o exponha a grande risco (investimento em ações de empresas não consolidadas), o tutor deverá indenizar os prejuízos que acarretar àquele (art. 1.752).

Pela administração dos bens do pupilo tem direito o tutor a uma remuneração proporcional ao valor deles, a ser fixada pelo juiz. Terá também o tutor direito ao reembolso dos adiantamentos que tiver feito em benefício do menor (CC, art. 1.752). O reembolso independe de qualquer autorização judicial, bastando para efetuar-lo que o tutor os desconte do devido ao tutelado, em sua prestação de contas (art. 1.760).

Ao investir-se na função, o tutor receberá os bens do menor mediante a assinatura de termo que os especifique e quantifique. Essa formalidade é exigida na lei, não podendo dispensá-la nem mesmo os pais do pupilo (CC, art. 1.745). Também, nessa oportunidade, declarará os créditos vincendos que titula perante o menor (se houver obrigação vencida, o credor está impedido de ser nomeado tutor, como visto), sob pena de não poder cobrá-los enquanto durar a tutela, salvo provando que desconhecia seu direito creditório na época da investidura (art. 1.751).

Os atos de administração de maior complexidade ou que exigirem conhecimentos técnicos, bem como os que devem ser praticados em local distante do domicílio do tutor, poderão ser objeto de delegação. Para delegar os poderes

para tais atos, o tutor deve escolher uma pessoa idônea e capacitada para praticá-los e pedir prévia autorização judicial. Será inválida a transferência de incumbências a terceiros feita diretamente pelo tutor, sem essa autorização. O delegado poderá ser pessoa física ou jurídica (CC, art. 1.743).

Se o patrimônio do menor for substancial, o juiz poderá nomear um auxiliar para fiscalizar sua administração pelo tutor. Esse auxiliar chama-se protutor, ao qual poderá ser fixada uma remuneração módica, a ser paga com recursos da renda do tutelado (CC, arts. 1.742 e 1.752, § 1º). Sendo de considerável valor o patrimônio, também poderá o juiz exigir que o tutor preste caução. A medida é excepcional, porque impõe a quem já deve suportar o múnus público um agravo patrimonial. Se a pessoa for notoriamente idônea ou por qualquer outra razão tomada pelo juiz, a caução é dispensável (art. 1.745, parágrafo único).

O tutor tem responsabilidades relacionadas à pessoa e aos bens do pupilo.

Em relação à pessoa do menor,

competete-lhe, por exemplo, dirigir a educação e defendê-lo. Deverá também sustentar a criança ou adolescente sob seus cuidados, quando ele não dispuser de patrimônio ou renda suficiente para se manter.

Quanto aos bens, o tutor é o administrador do patrimônio do menor, respondendo pelos atos de má administração em que eventualmente incorrer.

Enquanto não nomear o tutor, o juiz terá responsabilidade direta e pessoal pelo patrimônio do menor. Mesmo depois de nomeá-lo, continuará responsável subsidiariamente, no caso de não ter exigido a caução do tutor ou de não o ter removido, à menor suspeita (CC, art.

1.744). O protutor, se houver, é solidariamente responsável pelos danos causados pelo tutor ao pupilo quando tiver exercido sua função fiscal de modo negligente (art. 1.752, § 2º).

2.3. Limitação aos poderes do tutor

O tutor tem a mesma responsabilidade de qualquer outro administrador de bens alheios. Mas não dispõe dos mesmos poderes que, em geral, se lhe atribuem. Ao contrário, com o objetivo de dificultar malversação ao patrimônio do menor, a lei limita os poderes que o tutor titula na condição de administrador.

Em outros termos, no exercício da tutela, o tutor deve praticar certos atos e não pode praticar outros. Para alguns dos que pode praticar, precisará de autorização do juiz. A lei, assim, distribui os atos próprios da tutela em três categorias: atos de competência do tutor (CC, art. 1.747), sujeitos à prévia autorização do juiz (arts. 1.748 e 1.750) e vedados (art. 1.749).

São atos de competência do tutor: a) representar o menor, enquanto durar a incapacidade absoluta, e assisti-lo, durante a relativa, em todos os atos e negócios da vida civil; b) receber as rendas e pensões a que tem direito o menor, bem assim as quantias a ele relativas; c) providenciar o pagamento das despesas de subsistência e educação do pupilo, bem como as relacionadas à administração,

manutenção e melhoramento de seus bens; d) praticar os atos de alienação dos bens do tutelado destinados à venda, isto é, que o juiz autorizou a vender; e) alugar os imóveis do menor.

Por sua vez, são atos que a lei sujeitou à prévia autorização do juiz, para que este pudesse controlar de modo mais direto a administração do tutor: f) pagamento de dívidas do menor, não se compreendendo nesse conceito as despesas de subsistência e educação, bem assim as de administração, conservação e melhoria dos seus bens, que, como visto, independem do juiz; g) aceitar heranças, legados ou doações em nome do tutelado, com ou sem encargos; h) transigir, isto é, dispor sobre direitos do menor com o objetivo de evitar ou encerrar litígio; i) vender bens móveis cuja conservação não atenda ao interesse do menor (um barco ou carro deixado pelos pais, por exemplo); j) vender bens imóveis, quando houver manifesta vantagem para o menor na operação; k) demandar em juízo representando o menor, ou assistindo-o em caso de incapacidade relativa, bem como defendê-lo nas ações que contra ele forem propostas.

Esses atos, como dito, dependem de prévia autorização judicial para serem praticados pelo tutor. Se, por qualquer motivo, forem realizados antes de solicitada a autorização, a eficácia deles fica a depender da aprovação posterior pelo juiz (CC, art. 1.748, parágrafo único).

Por fim, os atos que o tutor não pode praticar em nenhum caso, nem mesmo autorizado pelo juiz, sob pena de nulidade, são: l) adquirir, por si ou por interposta pessoa, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor, salvo se o fizer por escritura pública; m) dispor dos bens do pupilo de forma gratuita, doando-os ou dando-os em comodato; n) receber direitos do menor em cessão, inclusive créditos.

Certos atos o tutor pode praticar diretamente (alugar os imóveis do menor, pagar as despesas de administração e conservação dos bens etc.). Outros, somente mediante prévia autorização do juiz ou posterior aprovação (vender móveis ou imóveis do pupilo, transigir etc.). Ademais, há certos atos que ele

nao pode praticar de nenhuma maneira, nem mesmo se autorizado judicialmente (comprar por instrumento particular bens do menor, receber em cessão direitos por ele titulados etc.).

Além dessas limitações relativas a determinados atos, a lei também estabelece certas regras atinentes aos bens do menor, a serem observadas pelo tutor em sua administração. Assim, o tutor só pode ter sob sua disponibilidade o dinheiro do tutelado necessário às despesas ordinárias com seu sustento, educação e administração dos bens (CC, art. 1.753). O que exceder deve ficar em conta de investimento bancário aberta em nome do pupilo, lastreado fundamentalmente em títulos públicos. O produto da venda dos objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis, feita mediante autorização judicial após avaliação, deve ser utilizado na aquisição de títulos públicos ou imóveis (art. 1.753, § 1º). A movimentação das contas de depósito

bancário do menor depende de ordem judicial e só pode ser feita para atender finalidades específicas previstas na lei, como compra de bens imóveis ou títulos públicos (CC, art. 1.754).

2.4. Prestação de contas

O tutor exerce suas funções sob a fiscalização do juiz, auxiliado, quando a complexidade do patrimônio do menor o exigir, pelo protutor. Um dos instrumentos de fiscalização do exercício da tutela é a prestação de contas. Nem mesmo os pais, ao nomearem o tutor testamentário, podem dispensá-lo da obrigação de prestá-las nos prazos e formas da lei (CC, art. 1.755).

Anualmente, o tutor deve submeter ao juiz o balanço contábil dos atos praticados relativamente aos bens e interesses do pupilo (CC, art. 1.756). A apresentação do balanço anual ainda não é a prestação de contas. Destina-se a transmitir ao juiz informações do período a que se refere, que podem eventualmente alertá-lo para alguma irregularidade a tempo de se adotarem providências saneadoras.

A prestação de contas, ordinariamente, dá-se a cada dois anos de exercício da tutela. Esse é o prazo fixado pela lei com o objetivo de fazer coincidirem os períodos em que o tutor está obrigado a exercer o múnus público e o abrangido pela prestação. As contas consistem em balanço patrimonial

relativo ao biênio a que se refere, no qual são consolidados os balanços anuais do último e do penúltimo período de exercício do múnus público. Extraordinariamente, as contas devem ser prestadas sempre que exigidas pelo juiz, na cessação da tutela ou das funções do tutor (CC, art. 1.757). Em qualquer caso de terminação da tutela ou das funções, exigem-se as contas do tutor. Elas são exigidas mesmo se o pupilo alcançou a maioridade ou foi emancipado e, sendo capaz, outorgou quitação ao tutor (art. 1.758). As contas extraordinárias também são demonstrativos contábeis, abrangendo o período de no máximo dois anos, desde a data da última conta ordinária aprovada (ou, se ainda não houve nenhuma, desde a investidura do tutor) até a da exigência do juiz ou da cessação da tutela.

No caso de morte, ausência ou interdição do tutor, cabe aos seus herdeiros ou representantes o dever de prestar contas (CC, art. 1.759).

O tutor está obrigado a prestar ao juiz contas dos atos que pratica no exercício da tutela.

Ordinariamente, deve prestá-las a cada dois anos. Extraordinariamente, sempre que o juiz determinar ou no fim da tutela.

Apresentadas as contas, elas são autuadas, determinando o juiz que sobre elas se manifestem o Ministério Público, o protutor, se houver, e demais interessados. Depois, o juiz julga as contas, aprovando-as ou rejeitando-as. No caso de aprovação, os saldos apurados devem ser recolhidos, imediatamente, pelo tutor em depósito bancário de investimento em nome do menor ou empregados na aquisição de bens imóveis ou títulos públicos (CC, art. 1.757, parágrafo único). Se as contas forem rejeitadas, considera-se que o tutor incorreu em *alcance*. Sem prejuízo

de sua responsabilização criminal, fica o tutor obrigado a repor imediatamente o valor alcançado, vencendo-se juros desde o julgamento das contas (art. 1.762).

O balanço e demonstrativo contábil podem ser simples, sem forma contábil rigorosa, desde que o patrimônio e renda do pupilo sejam de valor reduzido. Nesse caso, o próprio tutor ou seu advogado elabora, da maneira mais clara possível, a planilha com os números correspondentes aos atos praticados. Havendo, contudo, alguma complexidade na administração do patrimônio e rendas do menor, convém que o balanço e a prestação de contas sejam feitos por um contador. Em qualquer caso, correm por conta do tutelado as despesas com a prestação de contas (CC, art. 1.761).

3. CURATELA

A curatela, a exemplo da tutela, é *múnus público* atribuído aos familiares de uma pessoa, geralmente maior, quando ela não tem como praticar diretamente os atos da vida civil, por insuficiente capacidade de discernimento ou mesmo impossibilidade física. Contextualiza-se no direito de família, em razão de sua natureza assistencialista, em que alguém é chamado a dar apoio a um parente. Os encargos associados à curatela imputam-se ao *curador*.

São três as espécies de curatela.

Primeira, que se destina a designar o representante legal ou assistente de interditos. Estão sujeitos à curatela,

nesse caso: a) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o discernimento necessário para os atos da vida civil; b) os que não puderem exprimir a vontade, por qualquer outra causa duradoura, como os gravemente esclerosados, por exemplo; c) os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; d) os excepcionais sem o completo desenvolvimento mental; e) os pródigos (CC, art. 1.767). Deles já tratei anteriormente (Cap. 7, subitem 3.2).

Trata-se, sem dúvida, da hipótese mais relevante de curatela, sob o ponto de vista jurídico; embora nem sempre se revele a medida mais adequada à plena recuperação da saúde mental do interdito e sua integração na sociedade (Pereira, 2004:385/407).

A interdição pode ser requerida pelos pais, cônjuge ou qualquer parente da pessoa que deve ser posta sob curatela (CC, art. 1.768, I e II). Também o tutor tem legitimidade para o pedido, quando o pupilo relativamente incapaz for acometido de enfermidade ou deficiência mental, que lhe obstrua o necessário discernimento para a vida civil. É o caso de curatela de menor, em que o tutor deve ser substituído pelo curador, que passa a representá-lo. Como se recorda, o tutor do relativamente incapaz não o representa, mas apenas o assiste nos negócios jurídicos. Constatando que o pupilo, apesar de já ter feito 16 anos, não tem o discernimento próprio dessa idade para administrar

seus negócios e interesses, mesmo com assistência, e isso se deve a enfermidade ou deficiência mental, o tutor deve requerer a interdição dele. Finalmente, o Ministério Público está legitimado para requerer a interdição, desde que presentes um dos seguintes requisitos da lei: doença mental grave, inexistência de parente ou tutor legitimado, sua omissão ou incapacidade (CC, art. 1.769).

A interdição é um processo judicial, em que o juiz a pronuncia depois de examinar pessoalmente o arguido de incapacidade (CC, art. 1.771). O Ministério Público, quando não for o autor da demanda, atuará como defensor do interdito. Sendo ele o autor, o juiz nomeará outra pessoa para a função de defensor (art. 1.770).

A lei fixa os critérios para a nomeação do curador. Inicialmente, se o arguido de incapacidade é casado ou vive em união estável, o cônjuge ou convivente será o seu curador. Se ele não mantém vínculo de conjugalidade com ninguém, curador será o pai ou a mãe e, na falta dos dois, o descendente que se mostrar mais apto para o encargo, preferindo os de grau mais próximo aos remotos. Não havendo esses parentes, o juiz escolherá para ser curador pessoa idônea de sua confiança (CC, art. 1.775).

Segunda, em que se dá curador ao nascituro, sempre que a mãe perder o poder familiar durante a gravidez, se o pai está morto ou também decaído desse poder. Sendo a mãe interdita, seu curador será também o do nascituro (CC, art.

1.779). Assim, se a viúva grávida, em razão dos atos irregulares praticados em relação a outro filho, perder o poder familiar, o ato se estende a toda a prole, incluindo o rebento que está por vir. Será nomeado tutor para os já nascidos e curador para o nascituro.

Terceira, quando o curatelado é pessoa enferma ou portadora de deficiência física. Mesmo não estando sujeita à interdição, pode encontrar-se numa situação em que não consegue expressar diretamente a vontade. É o caso de quem sofreu grave acidente de trânsito e está internado num hospital, inconsciente ou apenas imobilizado. Se tiver condições para tanto, o próprio interessado requererá ao juiz que nomeie o curador; caso contrário, parente ou órgão legitimado o fará por ele (CC, art. 1.780).

Dá-se curador ao interdito, ao nascituro (se os pais decaíram do poder familiar durante a gravidez) e ao enfermo ou portador de deficiência física.

O exercício da curatela segue as mesmas regras estabelecidas para o da tutela, feitas, no entanto, duas observações. *Primeira*, se o curador é casado em regime de comunhão universal de bens com o interdito, estará dispensado de prestação de contas, a menos que o juiz o determine (CC, art. 1.783). Sendo os dois titulares do mesmo patrimônio, a hipótese de alcance está afastada, não se justificando destarte a trabalhadeira das prestações de contas. *Segunda*, o curador deve observar os limites de suas atribuições fixadas na sentença que decretou a interdição (CC, art. 1.772). Tais limites, na hipótese de a interdição se fundar na prodigalidade do interdito, circunscrevem as funções do curador à de assisti-lo nos atos de empréstimo, transigência, quitação, alienação, instituição de hipoteca, litígio judicial e os demais que excedem os de mera administração (art. 1.782) (Cap. 7, subitem 3.2.1).

Não se confunde, por fim, a curatela com a curadoria. Aquela tem sentido permanente, e habilita o curador a cuidar de todos os negócios, bens e interesses da pessoa posta sob curatela. Já a curadoria é específica, de modo a habilitar-se o curador apenas a determinados atos. São exemplos de curadoria: a instituída pelo testador com o objetivo de subtrair da administração do tutor os bens legados a menor (CC, art. 1.733, § 2º); a relacionada à herança jacente (art. 1.819); a atribuída ao filho, quando conflitarem os interesses

dele com os dos pais, no exercício do poder familiar (CC, art. 1.692); a dada ao réu revel citado por edital ou por hora certa (CPC, art. 9º, I e II) (Gonçalves, 2005:611).

DIREITO DAS SUCESSÕES

INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS SUCESSÕES

1. TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS*

O direito das sucessões disciplina a destinação do patrimônio da pessoa física após sua morte. Melhor dizendo,

contempla as normas que norteiam a superação de conflitos de interesses envolvendo a destinação do patrimônio de pessoa falecida. Sua matéria, portanto, é a transmissão *causa mortis*.

Os bens se transmitem por variados meios, como negócio jurídico entre vivos (partes de um contrato de compra e venda ou de doação, por exemplo), desapropriação, incorporação ou fusão de pessoas jurídicas etc. O direito das sucessões cuida de um dos meios de transmissão, que é a morte da pessoa física. Como o patrimônio não pode ficar sem titular, morrendo esse, deve ser imediatamente transferido para outras pessoas. Por esse ângulo de abordagem, o direito das sucessões parece aproximar-se do direito das coisas. Esses dois ramos do direito civil tratam de conflitos de interesses que gravitam em torno de bens.

Mas essa não é a única forma de abordar o direito das sucessões. E talvez não seja sequer a forma mais apropriada. Quando se presta atenção aos sujeitos para os quais são transmitidos os bens, esse ramo jurídico aproxima-se de outro capítulo do direito civil, o de família. Como regra, a morte da pessoa física importa a transferência de seus bens para familiares. Destaca-se, nessa abordagem, o caráter assistencial do direito das sucessões. Se para o morto não têm mais nenhuma serventia os bens que amealhou, eles são ainda úteis aos seus familiares (alguns dos quais eram dele

dependentes ou haviam contribuído para a construção do patrimônio).

São complexas as regras do direito das sucessões, porque a multiplicidade de relações familiares que envolvem a pessoa, na hora da morte, impede um tratamento simples que seja também justo para a maioria dos sucessores. Se falece homem casado em regime de comunhão parcial de bens, deixando, além da viúva, apenas filhos que teve com ela, as relações familiares não apresentam a mesma complexidade das que se encontram no falecimento de homem separado de fato de sua esposa, que mantinha união estável com outra e deixou apenas filhos havidos com uma terceira mulher. No primeiro caso, a destinação dos bens é menos complexa porque os sucessores são parentes uns dos outros; no segundo, por não haver nenhum vínculo de parentesco entre eles, não é tão simples encontrar-se a regra justa para a destinação.

Outro elemento que contribui para a elevada complexidade das regras de destinação do patrimônio de pessoa física falecida decorre do reconhecimento, pela ordem jurídica positiva, da eficácia à vontade do titular dos bens transmitidos. As pessoas podem, por meio de declarações volitivas, dispor sobre a destinação de seus bens após o falecimento. Quando o morto possui determinados familiares sucessíveis, a lei restringe a liberdade para fazer tal disposição, estabelecendo uma

garantia mínima em favor de certos membros da sua família.

O direito das sucessões trata da transmissão do patrimônio da pessoa física em razão de sua morte. Aproxima-se, de um lado, do direito das coisas, por versar sobre a propriedade dos bens deixados; de outro, do direito de família, porque os sucessores são, normalmente, familiares do morto.

Para enfrentar a complexidade do direito das sucessões, vale a pena partir do exame dos sucessores (item 2); e, em seguida, da herança (item 3). São conceitos introdutórios cuja compreensão facilitará o exame das duas espécies de

sucessão *mortis causa*: a legítima (Cap. 63) e a testamentária (Cap. 64).

2. SUCESSORES

Os familiares de uma pessoa são classificáveis, em relação à sucessão *causa mortis*, em *sucessíveis* e *não sucessíveis*. Os primeiros são os vocacionados a herdarem bens daquela pessoa, enquanto os últimos não herdam a não ser que tenham sido lembrados na declaração de última vontade do autor da sucessão, ou seja, em seu testamento.

Os familiares sucessíveis estão classificados, pela lei, segundo regras que serão examinadas a seu tempo. Cada classe de familiar sucessível posiciona-se numa ordem de chamada, que estabelece a preferência a ser observada na destinação dos bens do patrimônio do falecido. Como regra geral, se, na época da morte de uma pessoa, estão vivos familiares sucessíveis de uma classe com preferência, os das demais classes nada herdam. Por enquanto, basta conhecer quem são esses familiares titulares do direito de sucessão, sem se preocupar com a trama de preferências que os enlaça.

Os familiares sucessíveis são os descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro e os colaterais até o quarto grau. Assim, titulam o direito de sucessão, quando chamada a classe a que pertencem, os filhos, netos, bisnetos, tataranetos (descendentes), pais, avós, bisavós, tataravós (ascendentes), irmãos, sobrinhos, tios, primos,

sobrinhos-netos e tios-avós (colaterais), cônjuge e convivente do falecido. São esses os familiares que podem suceder a pessoa morta na titularidade do patrimônio por ela deixado. Os demais parentes do falecido, como os afins, não são sucessíveis. No caso de serem não sucessíveis todos os parentes vivos do autor da sucessão, e não tendo este deixado testamento, destina-se o seu patrimônio ao Estado.

2.1. Classificação

Interessa o exame de quatro critérios de classificação dos sucessores.

Em primeiro lugar, cabe distingui-los em *sucessores legítimos* e *testamentários*. Os legítimos são os familiares do morto indicados pela lei, enquanto testamentários são os escolhidos pelo próprio falecido. Se alguém falece sem deixar testamento (diz-se *ab intestato*), seus bens serão destinados aos sucessores legítimos, isto é, aos membros de sua família apontados pela lei. No passado, era muito comum as pessoas fazerem uma declaração de última vontade, pelo menos para encarregar alguém de rezar missas por intenção de sua alma. Também era comum estabelecer quem deveria ficar com qual bem de seu patrimônio. Hoje em dia, a sucessão testamentária corresponde à exceção. Na grande maioria das vezes, herdamos os sucessores legítimos.

A sucessão pode beneficiar exclusivamente sucessores legítimos, apenas testamentários ou das duas categorias. Se

o morto não deixou testamento, a sucessão importará a transferência de seu patrimônio somente para os familiares indicados na lei. Se deixou testamento abrangendo validamente a totalidade do patrimônio, terá apenas sucessores testamentários. Mas se o testamento dispõe sobre uma parte dos bens, a sucessão beneficiará sucessores testamentários e legítimos.

Uma pessoa pode ser sucessora legítima e testamentária na mesma sucessão. Se o falecido tem como familiares sucessíveis apenas dois filhos e destinou a um deles, por testamento, porção maior de seu patrimônio, o preferido será sucessor legítimo (em razão da condição de filho) e testamentário (por força da contemplação no testamento); o preterido será apenas sucessor legítimo, tendo direito unicamente à porção do patrimônio assegurada em lei. Como se verá adiante, o pai não pode, em princípio, excluir inteiramente da sucessão o filho, mas, dentro dos limites legais, ele dispõe de meios para beneficiar de modo desigual seus descendentes. O que interessa, por enquanto, é fixar que não são exclusivas as condições de sucessor legítimo e testamentário. A pessoa pode ser apenas sucessora testamentária, assim como pode ser apenas legítima; mas pode ocorrer de o sucessor legítimo ser agraciado, por testamento, com uma porção acrescida à sua parte na herança, sendo assim também testamentário.

Esse critério de classificação não recobre todas as

hipóteses de sucessão. Quando o autor da sucessão morrer *ab intestato* e não deixar herdeiros legítimos, seu patrimônio se transmitirá ao Estado (isto é, ao Município ou Distrito Federal em que se encontram, ou à União, se encontrados em Território Federal — CC, art. 1.844). É a hipótese de herança vacante (subitem 3.5). O Estado é sucessor do falecido, mas não pode ser considerado herdeiro de acordo com a ordem jurídica vigente; portanto, não se classifica entre os legítimos. O critério classificatório exaustivo, assim, é o que divide os sucessores em *ex lege* e *ex voluntate*. Como “a sucessão dar-se-á por lei ou por disposição de última vontade” (CC, art. 1.786), os sucessores *ex lege* são aqueles para os quais o patrimônio do falecido é transferido por força de direta previsão legal (isto é, os legítimos e, em caso de vacância, o Estado), enquanto os *ex voluntate*, aqueles que sucedem em razão da vontade do morto (os testamentários).

Outro critério de classificação distingue os sucessores em *herdeiros* e *legatários*. Aos herdeiros transmite-se o patrimônio do morto ou uma quota-parte dele, enquanto aos legatários é transmitido bem específico. Desse modo, se a sucessão importa a transferência da titularidade do patrimônio como um todo, sem especificação dos bens transferidos, os sucessores são herdeiros. Recebem do falecido uma herança. Aqui, a sucessão é universal. Já se ela acarreta a transmissão da titularidade de um ou alguns bens

(na maioria das vezes determinados ou, pelo menos, determináveis), são legatários os sucessores. Recebem um legado e a sucessão é singular.

Diversas consequências advêm da natureza universal ou singular da sucessão. No caso de herança, transmite-se o patrimônio, que inclui as obrigações passivas, isto é, as dívidas deixadas pelo falecido. Se for um único herdeiro, o patrimônio é transferido como um todo. Depois de pagas as obrigações com os recursos da própria herança, o líquido remanescente ser-lhe-á transmitido. Sendo dois ou mais os herdeiros, cada qual herda uma quota-parte do patrimônio. Satisfeitas as obrigações passivas deixadas pelo morto, divide-se o que remanesceu da herança entre os sucessores. Já no caso do legado, um ou alguns bens do patrimônio do falecido (ou, excepcionalmente, de um sucessor dele) devem ser destacados para entrega ao legatário. Equivale o legado, assim, a uma obrigação dos herdeiros em favor do legatário. De se observar, porém, que essa obrigação só existe na medida em que não comprometa o atendimento aos direitos de outros sucessores ou mesmo de credores do falecido (Cap. 64, item 4).

Note que todo sucessor legatário é testamentário, mas nem todo testamentário é legatário. Se o falecido testa em favor do sucessor um determinado apartamento residencial, ele é legatário desse específico bem. Aliás, não há como destinar certo bem a um sucessor em particular senão por

meio de testamento. O legado é sempre uma cláusula da declaração de última vontade do morto. Por isso, todo legatário é necessariamente sucessor testamentário. Mas é possível, também, fazer-se testamento deixando *herança* aos sucessores, ou seja, transferindo-lhes a titularidade do patrimônio como um todo ou de quotas-partes dele, sem a indicação, pelo testador, do bem cabível a cada herdeiro. Aqui, o sucessor é testamentário (porque foi escolhido pelo autor da sucessão), mas não legatário (inexiste legado). Em outros termos, o herdeiro pode ser sucessor legítimo ou testamentário, assim como o sucessor testamentário pode ser herdeiro ou legatário; mas o legatário só pode ser testamentário. Quando um sucessor legítimo é aquinhoado, por testamento, com um legado, ele o é na condição de testamentário.

O quarto critério de classificação dos sucessores extrema os *herdeiros necessários* dos *facultativos*. Herdeiros necessários (também chamados de *reservatórios* ou *obrigatórios*) são os que não podem ter sua porção na herança prejudicada por mera vontade do falecido. É verdade que eles podem ser excluídos (deserdados) em testamento, quando tiverem incorrido em determinadas condutas previstas na lei, lesivas ao autor da herança ou seus familiares; nessa hipótese, porém, a vontade do defunto é condição necessária, mas não suficiente para a exclusão. A classificação de um herdeiro como necessário

implica a impossibilidade de o autor da herança afastá-lo da sucessão ou prejudicar sua participação por mera vontade. Facultativos, por sua vez, são aqueles que podem ser totalmente excluídos da sucessão por simples desejo do autor da herança, expresso em testamento.

São herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e cônjuge (CC, art. 1.845). Quem falece com qualquer um desses familiares só pode dispor, em testamento, sobre metade dos bens de seu patrimônio. A outra metade, denominada *legítima*, deve ser transmitida obrigatoriamente aos herdeiros necessários.

Por sua vez, os herdeiros facultativos são os familiares sucessíveis não classificados como necessários, ou seja, os colaterais. Quem falece sem filhos ou outros descendentes, sem pais ou outros ascendentes e sem vínculo de conjugalidade com qualquer outra pessoa, pode testar sobre a totalidade de seus bens, destinando-os a quem considerar merecedor da deixa patrimonial. Ainda que essa pessoa tenha irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos-netos ou tios-avós, poderá livremente dispor sobre o destino de seu patrimônio após a morte.

Os sucessores se classificam em legítimos (indicados pela lei) ou testamentários (indicados pelo autor da sucessão); em herdeiros (no caso de sucessão universal) e legatários (no de sucessão singular); em herdeiros necessários (não podem ser excluídos da herança por mera vontade do falecido) e facultativos (o autor da herança pode excluí-los totalmente da sucessão).

Em relação ao companheiro, a lei não o classifica entre os sucessores necessários. Mas, em vista da proteção constitucional liberada a essa entidade familiar, considero

que deve ser feita a interpretação extensiva e conforme a Constituição do dispositivo do Código Civil que enumera os herdeiros necessários. Em outros termos, o companheiro também deve ser considerado herdeiro dessa categoria, de modo a garantir-lhe também a legítima. Esse é, porém, um tema bastante controverso na tecnologia civilista. Autores como Giselda Hironaka (2004:107), Eduardo de Oliveira Leite (2003:48/64) e Sílvio de Salvo Venosa (2001, 7:152) consideram que a Constituição protegeu a união estável, mas não a equiparou ao casamento, de modo que a lei pode omitir o convivente da lista dos herdeiros necessários sem incorrer em inconstitucionalidade. Pelo entendimento desses civilistas, o companheiro classifica-se como herdeiro facultativo, e não é amparado pela legítima (Cap. 46, subitem 1.1).

2.2. Capacidade

Na maioria das vezes, o sucessor é uma pessoa física, o familiar do morto indicado na lei ou nomeado em testamento. Mas embora rara, há também a hipótese de sucessão *causa mortis* por pessoa jurídica. No caso da herança vacante, como já mencionado de passagem (subitem 2.1), o patrimônio transmite-se a uma pessoa jurídica de direito público (Município, Distrito Federal ou União). A deixa testamentária pode, ademais, beneficiar como herdeira ou legatária uma sociedade, associação ou fundação, de acordo

com a última vontade do autor da sucessão.

A capacidade para ser sucessor segue regras que variam segundo seja física ou jurídica a pessoa a quem os bens do falecido se transmitem.

2.2.1. Pessoa física

A primeira condição para capacitação de uma pessoa física à sucessão é ela *estar viva* ao tempo de sua abertura, isto é, do falecimento do antigo titular do patrimônio transmitido. Quem faleceu antes do autor da sucessão não pode ser sucessor. Imagine que *Antonio* deixou, por testamento, um apartamento para *Benedito*, sem nada dispor sobre o caso de este último vir a morrer antes dele. Falecendo *Benedito* primeiro, o imóvel que a ele tinha sido destinado pela disposição testamentária será transmitido aos sucessores legítimos de *Antonio*. Os descendentes e demais familiares de *Benedito* nada podem reclamar, porque ele não tinha capacidade para suceder *Antonio*; desatendia à primeira condição para ser sucessor, a de estar vivo ao tempo do falecimento do autor da sucessão. Veja que há meios válidos de contornar essa consequência. Se *Antonio*, ao testar, tivesse disposto sobre a situação da pré-morte do testamentário, mencionando que, nesse caso, o apartamento caberia aos sucessores de *Benedito*, sua vontade seria obedecida, não se transmitindo o bem aos legítimos. É o instituto da substituição (Cap. 64, subitem 5.1). Mas tendo o

testador se omitido quanto à destinação do imóvel no caso de pré-morte do testamentário, o bem será dos sucessores legítimos.

A comoriência é outra situação em que se percebem as consequências dessa regra de capacidade da pessoa física para ser sucessor. Quando duas pessoas falecem ao mesmo tempo, se uma delas era familiar sucessível da outra, perde a capacidade para suceder. Considere que *Carlos* e *Darcy* eram casados, mas não tinham descendentes, nem ascendentes vivos. *Carlos* tinha apenas um sobrinho, *Evaristo*. Pois bem, na ordem de vocação hereditária (Cap. 63, item 1), o cônjuge tem preferência sobre os colaterais. Acontece que o carro em que viajavam *Carlos* e *Darcy* envolveu-se num seriíssimo acidente, em razão do qual os dois faleceram. Pois bem, se *Carlos* morreu antes de *Darcy*, o sucessor será o Estado, porque *Darcy* estava viva ao tempo da abertura da sucessão de *Carlos*, ainda que tenha sobrevivido por poucos minutos somente. Se *Darcy*, porém, morreu antes de *Carlos* ou no mesmo instante (comoriência), ela não tinha capacidade para suceder o marido, e, nesse caso, *Evaristo* é o herdeiro da totalidade dos bens.

Para ser sucessora, assim, a pessoa física deve estar viva. Em outros termos, ela já deve ter nascido ou pelo menos ter sido concebida no momento em que ocorreu a morte do autor da sucessão (CC, art. 1.798). O nascituro, portanto, tem capacidade para suceder. Se falece o pai

durante a gestação do filho, este, embora ainda não nascido, participará da sucessão. Para tanto exige-se, porém, que nasça com vida (art. 2º). Se o rebento é sadio e vinga, sucede como se já tivesse nascido ao tempo da morte do pai. Se só conseguiu viver fora do útero materno por alguns instantes, será mesmo assim sucessor do pai, recebendo a herança e a transmitindo para sua mãe. Se não conseguiu viver fora do útero materno, por fim, não adquiriu capacidade para suceder e a transmissão dos bens do pai ocorrerá como se nunca tivesse sido concebido.

Note que a lei fala em capacidade sucessória da pessoa *concebida* no momento da abertura da sucessão. Se abstrairmos os processos de fertilização assistida, a interpretação do dispositivo não traria qualquer dificuldade. Tratar-se-ia de mera referência ao nascituro, que, como visto, tem capacidade para suceder, quando nasce com vida. Mas e os embriões crioconservados? Eles podem ser considerados uma “pessoa concebida”, para fins de se lhe atribuir capacidade sucessória? Esse tema, malgrado sua enorme importância, não foi disciplinado de modo claro pelo Código Civil. A lei admite a fecundação artificial *post mortem* quando homóloga, vale dizer, feita com aproveitamento do microgameta do marido ou convivente (CC, art. 1.597, III e IV) e do macrogameta da esposa ou companheira. Assim sendo, para que não ocorra discriminação da filiação, deve-se considerar que os embriões crioconservados produzidos

com o material genético fornecido por pessoas casadas ou em união estável têm capacidade para suceder se vierem um dia a ser inseminados num útero e nascerem com vida. Haverá dificuldades consideráveis se a fecundação assistida ocorrer muito tempo depois da morte dos genitores, na medida em que a partilha será ineficaz, cabendo o afastamento parcial ou total dos sucessores anteriormente aquinhoados. Volto a esse tema à frente (Cap. 63, subitem 3.2).

A primeira condição, portanto, para a pessoa física titular capacidade sucessória é estar viva no momento da morte do autor da sucessão. Quer dizer, ter sido concebida numa relação sexual ou por fecundação assistida e, após a gestação, nascer com vida. Existe, porém, na lei uma hipótese de capacidade sucessória de pessoa ainda não concebida quando da morte do autor da sucessão. Trata-se de sucessão testamentária, em que o testador beneficia o filho que alguém pode vir a ter. É, assim, juridicamente admissível que *Germano* deixe, por testamento, uma fazenda ao filho ainda não concebido de *Hebe*. Em vista do princípio constitucional que veda a discriminação entre os filhos (CF, art. 227, § 6º), se não existirem instruções diversas do testador, terá capacidade o havido dentro ou fora do casamento, ou de união estável, assim como o adotivo.

Os requisitos para a capacitação sucessória do testamentário ainda não concebido são vários. De início,

deve estar viva, ao tempo da abertura da sucessão, a pessoa cujo eventual filho será beneficiado pelo testamento (CC, art. 1.799, I). Se estiver morta nessa ocasião, não será sucessor o gerado a partir de material genético fornecido pelo nomeado no testamento. Desse modo, no exemplo, *Hebe* deve estar viva no momento da morte de *Germano*, para que o filho que ela pode vir a ter seja sucessor. Se morreu antes do testador, o embrião crioconservado obtido do macrogameta dela pode ser implantado no útero de uma doadora temporária. O novo ser assim gerado, contudo, não terá capacidade para suceder *Germano*, porque sua genitora, *Hebe*, não estava viva na abertura da sucessão.

Outro requisito para a capacitação sucessória do filho que alguém pode vir a ter é a concepção no prazo de dois anos, contados da abertura da sucessão (CC, art. 1.800, § 4º). Ultrapassado o prazo e não concebido o rebento que o testador queria beneficiar, perde eficácia a cláusula testamentária correspondente. A previsão legal destina-se a conferir segurança às relações jurídicas. Depois de transcorridos dois anos da morte do testador, se a pessoa que ele gostaria de beneficiar ainda não tiver sido concebida, não convém aguardar mais, porque pode até mesmo ocorrer de ela nunca vir a nascer. Em princípio, será irrelevante se a concepção do sucessor foi natural ou artificial, homóloga ou heteróloga, com ou sem doação de útero. A regra é a da não discriminação da filiação. Será

relevante a forma como o sucessor foi concebido e gerado apenas se o testador tiver deixado instruções a respeito. Sendo esse o caso, claro que só o filho concebido e gerado conforme as condições do testamento terá capacidade para suceder. Se *Germano*, ao testar, consignou que a fazenda deveria ser transmitida ao filho biológico de *Hebe*, não terá capacidade sucessória o ser gerado em seu útero a partir de embrião fecundado com óvulo de outrem.

Se, no momento da partilha, o testamentário não tiver ainda nascido, os bens a ele cabíveis serão confiados a um curador nomeado pelo juiz (CC, art. 1.800). A nomeação deverá recair, em primeiro lugar, sobre o designado pelo próprio testador para a tarefa; sendo omissivo o testamento, o juiz nomeará como curador aquele cujo filho o testador esperava ter por sucessor (art. 1.800, § 1º). No meu exemplo, *Hebe* será a curadora dos bens testados ao seu eventual filho, se *Germano* não tiver indicado outra pessoa para o encargo. Não sendo idônea a pessoa cujo eventual filho foi lembrado pelo testamento, o juiz nomeará outra como curadora, devendo observar a mesma ordem legal estabelecida para a nomeação de curadores de interditos (art. 1.775). Nascendo com vida o testamentário, defere-se-lhe a sucessão, com todos os frutos e rendimentos correspondentes aos bens testados (art. 1.800, § 3º).

A primeira condição para alguém titular a capacidade sucessória (isto é, para ser sucessor) é estar vivo quando da abertura da sucessão. Só é sucessora, assim, a pessoa física concebida antes da morte do autor da herança ou legado. Em decorrência, o nascituro, nascendo com vida, participa da sucessão.

A lei admite que pessoa não concebida ao tempo da abertura da sucessão tenha capacidade sucessória se o testador beneficia o filho que alguém pode vir a ter

nos dois anos seguintes a sua morte.

A condição para ser sucessor de estar vivo na hora da morte do autor da herança ou legado diz respeito tanto à sucessão legítima como à testamentária. Em relação a esta última, porém, a lei prevê hipóteses de *perda* da capacidade sucessória, que serão examinadas mais à frente (Cap. 64, subitem 1.2).

2.2.2. Pessoa jurídica

A pessoa jurídica só pode suceder em duas hipóteses: na herança vacante e na sucessão testamentária.

A herança é vacante quando se constata não existirem sucessores legítimos ou testamentários. Neste caso, os bens são destinados ao Estado, aqui entendido em seu sentido lato: os Estados-membros da federação brasileira não são destinatários da herança vacante, em nenhuma hipótese. Em regra, os bens passam à titularidade do Município em que se encontram. Se o falecido tinha bens em Municípios diversos, cada um recebe os que forem situados (imóveis) e encontrados (móveis) no seu território. Situando-se ou encontrando-se bens no Distrito Federal, é essa a pessoa jurídica de direito público sucessora. Serão, por fim,

destinados à União os bens situados e encontrados nos limites de Território Federal.

A outra única hipótese de sucessão por pessoa jurídica é a testamentária (CC, art. 1.799, II). O testador pode deixar bens para pessoas jurídicas de direito público ou privado. Se legar em favor da Igreja Católica, por exemplo, estará beneficiando pessoa jurídica de direito público, tendo em vista o estatuto internacional reconhecido ao Vaticano. Se testar para pessoa jurídica de direito privado, terão capacidade sucessória as sociedades, simples ou empresária, associações ou fundações. Em geral, a deixa beneficia associação ou fundação, em razão de sua finalidade não econômica, mas nada impede que o morto destine seu patrimônio ou bens para uma sociedade anônima, por exemplo.

Para suceder, a pessoa jurídica deve ser regularmente constituída. Em princípio, não pode ser nomeada testamentária uma associação *de fato*, isto é, sem os estatutos registrados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Com o objetivo de prestigiar a vontade do testador, o juiz excepcionalmente poderá conferir eficácia ao testamento feito em benefício de ações sociais despersonalizadas (obras de caridade, fundos assistenciais etc.), desde que a deixa seja modesta e reconheça idoneidade em quem as administra.

Apenas no caso da fundação, atribui a lei capacidade

sucessória à pessoa jurídica ainda não regularizada. A fundação, recorde-se, nasce da afetação de um patrimônio a determinadas finalidades (Cap. 8, item 7.3). O instituidor pode separar do seu patrimônio os bens a serem afetados ainda em vida ou estabelecer, em testamento, a vontade de que isso venha a ocorrer após seu falecimento. No primeiro caso, ele próprio deve adotar as providências para a regularização da fundação, podendo testar-lhe outros bens. No caso de instituição por testamento, porém, a regularização da pessoa jurídica testamentária só poderá ser feita, evidentemente, após a morte do instituidor. A fundação instituída em disposição de última vontade é a única hipótese de pessoa jurídica com capacidade sucessória não dependente de prévia regularidade (CC, art. 1.799, III).

A pessoa jurídica é sucessora apenas em duas hipóteses: na herança vacante, quando os bens do falecido transmitem-se ao Município, Distrito Federal ou União; e na sucessão testamentária, quando a pessoa jurídica regular é beneficiada em testamento ou, sendo fundação, nele instituída.

2.3. Indignidade e deserdação

Em duas hipóteses somente a pessoa capaz para suceder não participa da sucessão. São as de *indignidade e deserdação*. Não se verificando uma ou outra, o titular da capacidade sucessória tem direito à sua parte na herança ou ao legado. Será sucessor, a menos que renuncie

expressamente.

A indignidade diz respeito a qualquer tipo de sucessão, enquanto a deserdação se refere especificamente à dos herdeiros necessários. Na primeira, a lei estabelece as hipóteses em que a pessoa é excluída da sucessão e a vontade do falecido (expressa em testamento ou outro ato autêntico) só tem eficácia para *reinclusão* do indigno. Na última, é a vontade do morto (expressa necessariamente em testamento) que importa a exclusão do herdeiro necessário da sucessão. Em outros termos, a indignidade alcança qualquer tipo de sucessor, inclusive os facultativos, ao passo que a deserdação exclui da sucessão apenas os herdeiros necessários (CC, art. 1.961). Isso é assim porque os herdeiros necessários não podem ser excluídos da sucessão por simples vontade do falecido. Se praticaram algum ato que autoriza a deserdação, a exclusão poderá ocorrer, mas não basta a vontade do autor da sucessão. Em relação aos herdeiros facultativos, não se há de falar em deserdação porque eles podem ser excluídos da sucessão por simples vontade do falecido, expressa em testamento. Aliás, basta o testador sem herdeiros necessários testar sobre todo o patrimônio, beneficiando não parentes, para que os colaterais não participem da sucessão.

Tanto a indignidade como a deserdação devem ser objeto de declaração judicial, em demanda movida por quem dela aproveita (CC, arts. 1.815 e 1.965). O herdeiro deve

movê-la contra o indigno ou deserdado, sendo do autor o ônus de provar o fato que deu ensejo à exclusão. Caso não consiga fazer essa prova, não se caracteriza a indignidade ou deserdação, e o demandado participa da sucessão normalmente. Como essas exclusões têm natureza de pena, não podem ser impostas senão após o devido processo legal, no qual se presume a inocência do réu. O prazo decadencial para a propositura dessa ação é de quatro anos, contados da abertura da sucessão, no caso de indignidade (art. 1.815, parágrafo único), ou da abertura do testamento, no caso de deserdação (art. 1.965, parágrafo único).

As causas que configuram a indignidade são três: a) autoria, coautoria ou participação em homicídio doloso, ou tentativa, praticado contra o autor da sucessão, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; b) acusação caluniosa em juízo sacada contra o autor da sucessão, seu cônjuge ou companheiro, bem como crime contra a honra deles; c) prática de atos violentos ou fraudulentos com o objetivo de obstar ou inibir o autor da herança de dispor livremente de seus bens por testamento ou outro ato de última vontade (CC, art. 1.814). Desse modo, o sobrinho que atenta dolosamente contra a vida da companheira do tio, difama-o ou rasga o testamento particular por ele feito é indigno de sucedê-lo.

As causas da deserdação, por sua vez, são mais extensas. Ela cabe, em primeiro lugar, em qualquer das

hipóteses de conduta indigna, acima indicadas. Sempre que um herdeiro necessário incorrer em ato indigno, ele poderá ser deserdado. Aliás, por não existirem previsões específicas de causas para deserdação do cônjuge ou companheiro, esses só podem ser deserdados nas mesmas hipóteses em que seriam reputados indignos (Oliveira, 2005:64).

Assim sendo, além da deserdação por motivo que autoriza a indignidade, o descendente poderá ser deserdado pelo ascendente, e este por aquele, nos casos de ofensa física, injúria grave e desamparo nas graves enfermidades ou alienação mental. Assim, se a mãe sofre derrame cerebral e passa a precisar do auxílio dos filhos para os mais simples atos do cotidiano, e um deles falta ao dever de amparo, ele poderá ser deserdado. Do mesmo modo, se o filho, ao sofrer doença mental, não for ajudado pelo pai, haverá fundamento para a deserdação deste na sucessão daquele. Também são causas para a deserdação as relações sexuais entre o descendente e o cônjuge do ascendente (madrasta ou padrasto do primeiro), assim como as do ascendente e o cônjuge do descendente, quando revestidas de ilicitude, isto é, caracterizarem adultério (CC, arts. 1.962 e 1.963). A lei cogita também de relações sexuais ilícitas com o companheiro do descendente, mas essa figura não existe porque o tipo penal do adultério pressupõe o estado de casado e a fidelidade não está listada entre os deveres da união estável.

A deserdação, como se disse, faz-se por testamento. Mas como o deserddado é sempre um herdeiro necessário, não basta a vontade do testador. A exclusão por deserdação só pode ser feita se realmente tiver ocorrido uma das causas que a autorizam. Por isso, para ter validade a deserdação, o testador deve declarar no testamento expressamente o fato que a motivou (CC, art. 1.964). Além disso, deve municiar seus herdeiros dos elementos probatórios que tiver às mãos, para que possam ter sucesso na ação judicial visando à declaração da exclusão.

Também por testamento pode o ofendido perdoar o indigno, reincluindo-o na sucessão. Exige-se, em princípio, cláusula expressa de reabilitação, para que o indigno ou deserddado volte a participar da sucessão. Mas se, ao testar em favor do excluído, o testador já conhecia a causa da indignidade ou deserdação, e mesmo assim tomou-o por merecedor do direito sucessório, considera-se, em prestígio à vontade do testador, que o reabilitou de forma implícita (CC, art. 1.818, parágrafo único). O perdão pode igualmente ser dado em outro ato autêntico, como um instrumento particular assinado pelo autor da sucessão — ou, quando for o caso, pelo cônjuge ou parente vitimado pela ofensa —, desde que seja assinado e tenha a firma reconhecida (art. 1.818).

São três as hipóteses de exclusão da sucessão: renúncia, indignidade e deserdação.

No primeiro caso, o herdeiro ou legatário, por ato unilateral de vontade, abre mão dos direitos sucessórios que titulariza.

Nos dois outros, o excluído sofre uma punição pelos atos que praticou contra a pessoa do autor da sucessão ou os familiares desta.

Enquanto a indignidade diz respeito a qualquer tipo de sucessão, a deserdação limita-se à dos herdeiros necessários.

A indignidade e a deserção são hipóteses de *exclusão* da sucessão com caráter punitivo. Reputa-se que o excluído, em razão dos atos que praticou em prejuízo do falecido, não merece participar da destinação dos bens deste. Ao contrário da renúncia à herança ou legado, que também implica exclusão da sucessão, a indignidade e a deserção são *penas* impostas ao indigno ou deserdado. Disso decorre uma importantíssima consequência: como a pena não pode ultrapassar a pessoa do agente culpado, os descendentes do excluído por indignidade ou deserção não são prejudicados com a exclusão. Ao contrário, participam da sucessão como se o indigno ou o deserdado estivesse morto (o art. 1.816 do CC menciona apenas a figura da deserção, mas é aplicável por analogia à exclusão por indignidade — Oliveira, 2005:76).

Imagine, então, que *Irene* tinha duas filhas, *Juliana* e *Lúcia*, e duas netas, *Maria* e *Natália*. *Maria* era filha de *Juliana*; *Natália*, de *Lúcia*. Para simplificar, são elas as únicas familiares vivas de *Irene*. Pois bem, conforme se examinará melhor à frente, os descendentes de menor grau têm preferência sobre os de maior grau. Quer dizer, morrendo *Irene*, seu patrimônio será destinado metade à *Juliana* e metade à *Lúcia*. *Maria* e *Natália* não são sucessoras de *Irene*, porque suas mães estavam vivas na abertura da

sucessão. Pois bem, se *Lúcia* renunciar à sua parte na herança, todo o patrimônio será destinado a *Juliana*, e, na morte desta, a *Maria*. *Natália*, por assim dizer, será “prejudicada” pela renúncia de *Lúcia*, porque a exclusão da sucessão decorreu, aqui, de ato de vontade da excluída. Mas se *Lúcia* não renunciou, mas foi excluída por indignidade ou deserdação, a sucessão de *Irene* será diferente. Nesse caso, metade do patrimônio será destinado a *Juliana*, filha, e a outra metade a *Natália*, neta. Como a indignidade e deserdação são penas impostas a *Lúcia*, não podem seus efeitos ultrapassar a pessoa dela. *Natália* sucede *Irene* como se *Lúcia* estivesse morta.

O excluído da sucessão por indignidade ou deserdação não pode se beneficiar de nenhuma maneira dos bens que herdaria se não tivesse incorrido em conduta condenável. Desse modo, não tem direito ao usufruto ou administração dos bens herdados por seus descendentes, nem pode sucedê-los em tais bens (CC, art. 1.816, parágrafo único). No exemplo acima, se *Natália* vier a falecer sem outros familiares sucessíveis, os bens herdados de *Irene* serão transmitidos a *Juliana* (colateral) e somente os seus demais bens caberão a *Lúcia* (ascendente).

2.4. Sucessor aparente

Enquanto não é declarada por sentença a indignidade, o demandado é sucessor. Se não tiver sido expedida, pelo juiz,

nenhuma ordem cautelar para sustar a partilha, bens do falecido podem ser destinados ao indigno. Se, posteriormente, a ação judicial de declaração de indignidade é julgada procedente, o excluído da sucessão deve restituir os bens recebidos, para que sejam objeto de nova partilha entre os sucessores legitimados. Junto com os bens deve restituir também os frutos e rendimentos que houver percebido. O excluído terá, contudo, direito à indenização pelas despesas com a conservação dos bens restituídos (CC, art. 1.817, parágrafo único).

Pode ocorrer, no entanto, de o indigno alienar alguns ou mesmo todos os bens recebidos na sucessão. Esses atos de alienação serão válidos, quando tiverem sido onerosos, se o adquirente estava de boa-fé. A aparência da licitude e regularidade do negócio de alienação preserva sua validade e eficácia. O alienante é um sucessor aparente, e quem, de boa-fé, entabula negociações com ele não pode ser prejudicado. Os herdeiros legitimados não poderão reclamar do adquirente de boa-fé a restituição dos bens alienados pelo sucessor aparente. Para eles restará apenas a alternativa de buscar do indigno as perdas e danos (CC, art. 1.817).

Regras iguais às estabelecidas pela lei para o excluído por indignidade aplicam-se aos demais casos de sucessor aparente. Sempre que terceiro de boa-fé firmar negócio jurídico oneroso com quem se encontrava na condição de

sucessor, será válida e eficaz a alienação (CC, art. 1.827, parágrafo único).

Desse modo, também os atos de alienação onerosa do deserddado, enquanto não julgada procedente a ação de deserdação, são válidos. Outro exemplo: se, posteriormente à partilha, descobre-se um testamento até então ignorado, deve-se rever a partilha para aquinhoar o novo testamentário com a parte que lhe foi destinada pelo testador. São sucessores aparentes os herdeiros que, até a revisão da partilha, dispuseram dos bens recebidos. Mais um exemplo: o falecido nomeou, por testamento, um amigo como seu herdeiro universal, por acreditar que não tinha sucessores necessários; mas, em seguida ao encerramento do inventário, foi proposta ação de reconhecimento de paternidade contra o sucessor, em razão da qual se rompeu a deixa testamentária (Cap. 64, subitem 2.4). Se, antes do julgamento dessa ação, o testamentário havia alienado onerosamente alguns ou todos os bens recebidos por herança, ele será considerado sucessor aparente.

Quer dizer, nesses três casos aventados — assim como em qualquer outro de aparência de sucessão —, a alienação em favor do terceiro de boa-fé vale, mas o sucessor aparente deve indenizar o verdadeiro titular do direito sucessório, pelas perdas e danos correspondentes.

Sucessor aparente é aquele que, durante algum tempo, parecia ser o legítimo titular de direito sucessório, em razão do que praticou atos de alienação onerosa de um ou mais bens recebidos na sucessão.

Esse ato de disposição é válido quando o adquirente era terceiro de boa-fé, mas o sucessor aparente deve indenizar os verdadeiros titulares do direito sucessório pelos danos decorrentes.

Claro está que a boa-fé do adquirente é condição indispensável para a validade do negócio de alienação praticado pelo sucessor aparente. Se aquele tinha conhecimento da preterição, na partilha, de outros titulares do direito sucessórios, ficará obrigado a restituir a estes o bem adquirido.

3. HERANÇA

Os bens do patrimônio de pessoa falecida compõem a herança. Ela é titulada pelos herdeiros legítimos e testamentários, tão logo aberta a sucessão (CC, art. 1.784). Isto é, no instante imediato ao da morte, a herança passa a pertencer aos herdeiros. Estabelece-se, entre eles, um condomínio, regido em parte por normas próprias do direito das sucessões. Note que os legatários não participam desse condomínio, mas apenas os herdeiros; note, ademais, que tanto os herdeiros legítimos como os testamentários são condôminos da herança, tão logo se abra a sucessão.

Os herdeiros devem providenciar o inventário, que, em regra, será um processo judicial. Apenas quando o falecido não deixou testamento e não há interessado incapaz (CPC, art. 982), ele poderá ser extrajudicial, celebrado mediante escritura pública. Judicial ou extrajudicial, o inventário é indispensável ao desfazimento do condomínio instituído entre os herdeiros pela morte do autor da herança. Por vezes, em função da lei processual, o processo de inventário em

juízo tem denominação diversa (“arrolamento”), mas aqui, para simplificar, farei menção à medida judicial de dissolução do condomínio sobre a herança sempre pela expressão “inventário”. Pois bem, não se confunde a abertura da sucessão com a do inventário: enquanto a primeira se verifica no instante da morte do autor da herança, a deste último depende do ajuizamento do processo pelos herdeiros ou, quando possível, da lavratura da escritura pública. Enquanto a abertura da sucessão institui um condomínio entre os herdeiros sobre a herança, a do inventário objetiva desconstituí-lo.

O prazo para a abertura do inventário ou celebração da escritura pública é de trinta dias seguintes ao do falecimento (CC, art. 1.796; CPC, art. 983); mas a sua inobservância acarreta apenas eventuais efeitos de ordem tributária, como multa sobre o valor do imposto de transmissão. Ninguém deixa de ser herdeiro, ou herda menos, porque atrasou no ajuizamento desse processo judicial ou não providenciou, podendo, a escritura de inventário.

No transcórrer do inventário, serão apuradas e pagas as dívidas deixadas pelo *de cujus*, com recursos da herança. Além disso, havendo sucessor legatário, os herdeiros têm a obrigação de destacar o legado da herança para lhe entregar. Por fim, comprovado o pagamento do imposto de transmissão, igualmente com recursos da herança, procede-se à partilha do acervo remanescente entre os herdeiros,

legítimos ou testamentários, desfazendo-se assim o condomínio. Com a partilha, cada herdeiro passa a titular o bem que lhe foi destinado.

Aberta a sucessão, o patrimônio do falecido, que compõe a herança, transmite-se, de imediato, à titularidade dos seus herdeiros, legítimos ou testamentários. Institui-se entre eles um condomínio, regido, em parte, pelas normas do direito das sucessões.

Nos trinta dias seguintes ao falecimento, os herdeiros devem providenciar o ajuizamento da ação destinada a dissolver o

condomínio entre eles, que se chama inventário (por vezes, “arrolamento”), a menos que preferam proceder à sua dissolução por escritura pública, quando permitida (isto é, se inexistir testamento ou interessado incapaz).

A regra adotada pelo direito brasileiro relativamente à regência da sucessão *causa mortis* é a do domicílio do defunto (LINDB, art. 10). Assim, morrendo brasileiro domiciliado no exterior, será a lei do país em que domiciliava que definirá a quem deve ser atribuída a herança, os requisitos de validade do testamento, impostos incidentes etc. Duas exceções a essa regra são, porém, estabelecidas. *Primeira*, aplica-se a lei brasileira no tocante à sucessão dos bens situados no Brasil, sempre que ela for mais favorável ao cônjuge ou filho brasileiro do que a lei pessoal do falecido (LINDB, art. 10, § 1º; CF, art. 5º, XXXI). Se, por

exemplo, morre um cidadão espanhol, com filhos espanhóis, casado em segundas núpcias com uma brasileira, e que tinha, em seu patrimônio, imóvel situado no Rio de Janeiro, a transmissão desse bem seguirá a lei brasileira. Isto porque ela é mais favorável à viúva do que a espanhola. Enquanto entre nós, o cônjuge concorre com os filhos do falecido, na Espanha ele nada herda se há descendentes vivos (cf. Oliveira, 2005:42/43). *Segunda*, a capacidade para suceder rege-se pela lei do domicílio do herdeiro ou legatário (LINDB, art. 10, § 2º). Desse modo, qualquer que seja a localização do bem ou o domicílio do defunto, o herdeiro ou legatário domiciliado no Brasil só sucede se estiverem preenchidas as condições de capacidade sucessória da nossa lei (subitem 2.2.1).

Aplicando-se a lei brasileira, considera-se aberta a sucessão no lugar do último domicílio do falecido (CC, art. 1.785). O lugar da abertura da sucessão, contudo, tem implicações de ordem meramente processual, na definição da competência jurisdicional para processamento do inventário, em nada afetando os direitos sucessórios.

3.1. Condomínio entre os herdeiros

A herança transmite-se como um todo unitário, mesmo que haja mais de um herdeiro. Enquanto não se concluir a partilha, a propriedade e posse da herança serão exercidas pelos herdeiros, na qualidade de cotitulares do patrimônio

deixado pelo morto (CC, art. 1.791 e parágrafo único).

Aplicam-se às relações entre os herdeiros, e as destes com terceiros, durante a tramitação do inventário, as normas concernentes ao condomínio, exceto quando há preceito próprio do direito das sucessões a tratar da matéria. Desse modo, por exemplo, qualquer um dos herdeiros está legitimado para a ação possessória, caso a posse de bem da herança seja ameaçada, turbada ou esbulhada; também está legitimado para reivindicar de terceiro o bem herdado; pode, finalmente, exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, como usar os bens da herança, desde que seu uso não exclua o dos demais herdeiros (art. 1.314). Por outro lado, nenhum deles pode alterar a destinação dos bens herdados, sem consentimento dos demais, nem ceder a posse, uso ou gozo deles a terceiros estranhos à sucessão (art. 1.314, parágrafo único).

O condomínio instituído entre os herdeiros sobre a herança deve ser administrado, como qualquer outro conjunto de bens sujeito à copropriedade. A administração segue regras específicas do direito das sucessões. Ela cabe ao inventariante nomeado pelo juiz. Até a assinatura do compromisso de inventariante, a administração da herança é de responsabilidade do cônjuge ou companheiro. Se estivessem separados de fato do falecido, ou não tendo este qualquer vínculo de conjugalidade, administrará a herança (até a investidura do inventariante) o herdeiro que se

encontrar na posse e administração dos bens; havendo mais de um herdeiro nessa condição, o mais velho deles será o administrador provisório. Não havendo herdeiros, a administração caberá ao testamenteiro ou a pessoa de confiança do juiz (CC, art. 1.797).

Os herdeiros não são obrigados a concorrer com as despesas de administração da herança, ao contrário dos condôminos em geral relativamente à manutenção do bem condominial. Como os herdeiros não têm nenhuma responsabilidade por encargos superiores às forças da herança (CC, art. 1.792), conclui-se que as despesas com a administração desta correm exclusivamente por conta dos seus próprios recursos. Se necessário, assim, o juiz deve autorizar o inventariante a vender um ou mais bens do espólio para atender às despesas de administração da herança.

Entre a abertura da sucessão e a partilha, os bens do patrimônio do falido compõem um condomínio indiviso, denominado herança. Os herdeiros são condôminos e as relações entre eles regem-se pelos preceitos da propriedade condominial, exceto quando norma do direito das sucessões dispuser sobre o assunto.

3.2. Cessão de herança ou de quota hereditária

A herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato (CC, art. 426). A proibição, cujas origens se enraízam no direito romano, justifica-se por uma questão moral. Em qualquer negócio, quem contrata só obtém a vantagem pretendida com a execução do contrato. Se a

herança de pessoa viva pudesse ser objeto de negócio contratual, aos contratantes passaria a interessar a morte de alguém. Como uma das partes forçosamente deve ser um herdeiro potencial, o contrato dessa natureza o levaria a torcer pelo falecimento do familiar cuja herança negociou. Para evitar essa tentação imoral, a lei fulmina com a nulidade qualquer pacto sucessório, ou seja, qualquer ajuste sobre herança de pessoa viva (Monteiro, 2003:13). Em alguns direitos, admite-se restritivamente o contrato referente a herança de quem ainda vive. Em Portugal, ele é válido quando feito pelos cônjuges, ou por terceiros em favor deles, no pacto antenupcial (Fernandes, 2001:523/533).

Mas nada obsta o contrato cujo objeto seja a herança de pessoa já morta. Com a abertura da sucessão, o herdeiro torna-se condômino do patrimônio do falecido e, portanto, passa a titular uma parte ideal da propriedade dos bens correspondentes. Como qualquer outro proprietário, pode usar, fruir e dispor de sua propriedade.

Note, porém, que o coerdeiro não tem como transferir direitos sobre nenhum bem específico do patrimônio objeto de inventário. Não se sabe, antes da partilha, a quem caberá cada bem inventariado. Após a partilha, já não há mais condomínio entre os herdeiros. A rigor, não há mais herança. Cada um recebe os bens com que foi aquinhoadado e pode vendê-los como a generalidade dos proprietários. Mas, enquanto existir o condomínio hereditário, a indivisibilidade

é da essência do instituto. O que cada herdeiro pode ceder, assim, são direitos sucessórios e não bens singulares, ou parte deles. Por tais motivos, é ineficaz a cessão feita pelo “*coerdeiro* de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente” (CC, art. 1.793, § 2º). Apenas na hipótese de existir um único herdeiro universal, caberá a cessão singular de direitos hereditários referentes a bens determinados. Mas como antes da adjudicação dos bens em favor do único herdeiro, deve-se proceder à liquidação, com o pagamento de credores do falecido, das despesas do processo e impostos sobre a transmissão, esse negócio jurídico depende da prévia autorização do juiz da sucessão, sob pena de ineficácia (§ 3º).

A cessão de herança ou parte dela faz-se necessariamente por escritura pública (CC, art. 1.793), porque o direito à sucessão aberta classifica-se como bem imóvel (art. 80, II). Interpretam-se restritivamente as cláusulas desse negócio jurídico. Se alguém ceder todos os seus direitos numa determinada sucessão e, posteriormente, tiver sua quota hereditária aumentada, em razão de “substituição ou direito de acrescer” (Cap. 64, item 5), reputa-se não cedida a parcela acrescida (art. 1.793, § 1º).

Outra particularidade da cessão de quotas hereditárias diz respeito ao direito de preferência titulado pelos coerdeiros. Exatamente porque, entre a abertura da sucessão e a partilha, existe um condomínio indiviso entre os

herdeiros, nenhum deles pode ceder sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão sem antes oferecê-la aos demais, em igualdade de preços e condições (CC, arts. 504 e 1.794). Se, numa sucessão, são herdeiros os três filhos do morto e um deles quer ceder sua quota, poderá fazê-lo livremente se o cessionário for um dos outros irmãos. Mas, se pretender cedê-la a quem não participa do condomínio hereditário, está obrigado, antes, a consultar seus irmãos, informando o preço e condições oferecidas pela quota. Se pelo menos um deles manifestar interesse, terá o direito de adquiri-la pagando igual preço e nas mesmas condições.

O coerdeiro que não tiver o direito de preferência respeitado pode, nos cento e oitenta dias após a transmissão, depositar o preço em juízo e obter para si a quota cedida. Rateia-se proporcionalmente essa quota entre os depositantes, na hipótese de mais de um coerdeiro exercer o direito de preferência (CC, art. 1.795, parágrafo único).

A cessão de herança ou quota hereditária é lícita após a abertura da sucessão. Depende de escritura pública, em vista de sua natureza de bem imóvel, e, havendo coerdeiros, deve ser respeitado o direito de preferência quando o potencial cessionário for pessoa estranha à sucessão.

3.3. Aceitação e renúncia da herança

Em França surgiu a noção, posteriormente espalhada por todos os países de tradição jurídica românica, de que os herdeiros se investem na propriedade e posse dos bens da herança no momento seguinte ao do falecimento do seu autor, independentemente de qualquer formalidade ou ordem

judicial. É o princípio da *saisine*, plenamente incorporado ao direito brasileiro (CC, art. 1.784).

Não é necessária, assim, nenhuma aceitação do herdeiro para que se opere sua imediata investidura na propriedade e posse da herança (em condomínio com os demais sucessores hereditários). Mas a lei prestigia o interesse que um ou outro herdeiro possa ter de *não* receber os bens deixados pelo falecimento de quem quer que seja. Em outras palavras, ninguém é obrigado a ser herdeiro; portanto, de algum modo a aceitação da herança, ainda que tácita, é condição para a transmissão dos bens *causa mortis*. A *saisine* importa uma transmissão provisória, que se convola em definitiva quando o herdeiro expressamente declara aceitar a herança ou simplesmente pratica atos que demonstram sua concordância em recebê-la. A aceitação expressa ou tácita do herdeiro faz definitiva a transmissão operada pela abertura da sucessão (CC, arts. 1.804 e 1.805).

O herdeiro é, então, livre para aceitar ou recusar a herança. Mas, enquanto a aceitação pode ser implícita, a recusa só se admite expressa. Para renunciar aos direitos hereditários, o herdeiro deve fazer a declaração de vontade nesse sentido por meio de escritura pública ou termo nos autos do processo de inventário (CC, art. 1.806). Essa forma é da essência do ato, que, veiculado por outros meios, não terá validade.

Mas o herdeiro não é livre para aceitar ou recusar a

herança em parte. Ou a aceita totalmente, ou renuncia por completo. Do mesmo modo, não tem direito de sujeitar a aceitação ou recusa a condição ou termo (CC, art. 1.808). Não pode, desse modo, declarar que aceita desde que outro herdeiro renuncie; ou que renuncia enquanto estiver casado. Trata-se do princípio da indivisibilidade da aceitação ou recusa. No passado longínquo, quando o herdeiro era responsável pelas dívidas do falecido, ainda que superiores às forças da herança, esse princípio tinha maior importância, porque impedia a frustração dessa responsabilidade. Hoje em dia, serve apenas para conferir maior segurança às relações jurídicas.

Note, contudo, que a indivisibilidade da aceitação ou renúncia não impede que o herdeiro, sendo também legatário ou testamentário, aceite parte do que a lei e a vontade do morto lhe haviam predestinado. O herdeiro que for também legatário tem a faculdade de aceitar sua quota na herança e renunciar ao legado, ou o contrário: renunciar à herança e aceitar o legado (CC, art. 1.808, § 1º). E o herdeiro que o for a mais de um título (legítimo e testamentário) tem igualmente a faculdade de aceitar a herança por um deles e recusá-la pelo outro (§ 2º). Imagine que uma pessoa é, numa sucessão, herdeira de 1/4 da herança e legatária de um automóvel. Não transgredir o princípio da indivisibilidade da aceitação e renúncia se ela optar por receber apenas seu quarto na herança, mas não o automóvel, ou vice-versa. Imagine,

agora, que essa pessoa seja herdeira legítima e testamentária numa mesma sucessão, por ser familiar sucessível do defunto e ter sido aquinhoadada por ele, em testamento, com uma quota-parte da herança. Também aqui essa pessoa pode optar se aceita a herança pelos dois títulos, se a recusa pelos dois, ou se a aceita por um e recusa pelo outro.

A aceitação e a renúncia são irrevogáveis (CC, art. 1.812). Mesmo a aceitação tácita, manifestada por conduta incompatível com a recusa, não pode ser revogada pelo herdeiro. Por isso, a lei se preocupa em aclarar que determinados atos não exprimem a aceitação, tais como o de providenciar o funeral do finado, adotar providências para a conservação dos bens, prover-lhes a guarda provisória. Também não configura aceitação a cessão gratuita e incondicional da herança a outros co-erdeiros, declaração que, a rigor, tem efeitos idênticos aos da renúncia (art. 1.805, §§ 1º e 2º).

A renúncia implica exclusão do herdeiro, mas, ao contrário do que se verifica em relação à indignidade e deserdação, os sucessores do renunciante não têm o direito de representá-lo na sucessão. Na exclusão do indigno e do deserddado, como se viu, aplica-se uma sanção ao excluído, que tem caráter personalíssimo e não pode afetar os interesses de outras pessoas, inclusive os seus sucessores. Por isso, eles são chamados a exercer o direito de representação, sucedendo como se o excluído estivesse

morto. No caso da renúncia, não há punição. Ao contrário, é o próprio excluído que, por sua vontade, vê interesse em se alhear da sucessão. Aqui, os seus sucessores são afetados pelo ato de exclusão, e não terão o direito de representação. Como esclarece a lei, serão sucessores apenas se o renunciante era o único herdeiro ou se todos os outros também renunciaram à herança. Nesse caso, entretanto, os sucessores herdam por direito próprio e por cabeça, e não por representação (CC, art. 1.811).

Confira. Imagine que *Nair* deixou, ao falecer, dois filhos, *Orlando* e *Pedro*; o primeiro, com um filho, *Quirino*, e o último, com dois, *Rubens* e *Saulo*. Mais uma vez, para simplificar, não há outros familiares sucessíveis, nem *Nair* deixou testamento. *Orlando* e *Pedro* são descendentes de primeiro grau, enquanto *Quirino*, *Rubens* e *Saulo*, de segundo grau. Pois bem, se *Pedro* for excluído por indignidade ou deserddado, os filhos dele o representam na sucessão. Nesse caso, metade da herança vai para *Orlando*, e a outra metade é dividida entre *Rubens* e *Saulo*, ficando cada um deles com um quarto. Mas, se *Pedro* renuncia, a totalidade da herança é de *Orlando*, o descendente do mesmo grau (CC, art. 1.810). Em caso de exclusão por renúncia, os netos de *Nair* só serão sucessores se os dois filhos renunciarem. Nesse caso, contudo, *Quirino*, *Rubens* e *Saulo* herdarão um terço da herança cada, já que exercem direito sucessório próprio e não por representação; quer

dizer, sucedem por cabeça e não por estirpe.

Se o herdeiro não quer a herança, mas também deseja preservar os interesses de seus sucessores, ele deve aceitá-la e, após a partilha, transmitir-lhe os bens recebidos, por meio de negócio *inter vivos* (doação).

Ninguém é obrigado a ser herdeiro contra a sua vontade. Por isso, a aceitação é pressuposto da transmissão definitiva da herança. Ela pode ser expressa ou tácita, decorrendo, nesse último caso, de conduta incompatível com a recusa da herança.

A renúncia, por sua vez, só pode ser expressa e depende, para valer, de escritura pública ou termo judicial.

Por fim, a renúncia não pode prejudicar os credores do renunciante. Se o herdeiro está insolvente, a herança que

vier a receber propiciará o pagamento de suas dívidas. Têm assim os credores todo o interesse em que o devedor aceite sua parte na sucessão. Aliás, eles podem requerer ao juiz do inventário que assinale prazo para o herdeiro devedor declarar se aceita ou não a herança, presumindo-se a aceitação no caso de silêncio (CC, art. 1.807). De qualquer modo, perante o credor do renunciante, a renúncia não produz nenhum efeito. Ele titula, em decorrência, o direito de aceitar a herança em nome do herdeiro que renunciou (art. 1.813), habilitando-se no inventário nos trinta dias seguintes ao conhecimento da renúncia (§ 1º). Note, contudo, que perante os demais coerdeiros a renúncia continua válida e plenamente eficaz. Quer dizer, uma vez pagos os credores do renunciante, o que sobrar de sua quota hereditária não lhe será destinado, mas sim aos coerdeiros (§ 2º).

3.4. Petição de herança

A petição de herança é a ação judicial que o verdadeiro herdeiro pode mover contra o aparente ou o possuidor, para ver respeitados seus direitos sucessórios. A petição de herança é cabível sempre que o bem de pessoa falecida tiver sido transmitido (ou estiver em vias de o ser) para pessoa que não titularizava o direito de o receber ou estiver indevidamente na posse de quem não ostenta a condição de sucessor. É o que prescreve o art. 1.824 do CC: “O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o

reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possuiu”.

Cito três exemplos.

O filho havido fora do casamento, que não foi reconhecido pelo genitor, pode mover a ação de reconhecimento de paternidade enquanto viver (CC, art. 1.606). Se o fizer depois do falecimento do genitor — de modo mais preciso, depois da partilha —, demandará os sucessores aos quais tiver sido transmitida a herança. Evidentemente esse filho não participou da sucessão, porque ainda não tinha título de familiar sucessível a legitimar sua participação. Vindo a ser julgada procedente a ação de reconhecimento de paternidade, no entanto, poderá reivindicar dos sucessores sua quota hereditária (se os sucessores eram descendentes de primeiro grau, ou seus representantes, ou familiar concorrente) ou mesmo toda a herança (se os sucessores eram ascendentes ou colaterais do falecido). Essa reivindicação faz-se por *petição de herança*, que pode ser cumulada com a ação de reconhecimento de paternidade ou sucedê-la. Note-se, contudo, que é imprescritível a ação de reconhecimento, mas não a petição de herança (Súmula 149 do STF); a pretensão relativamente a essa última prescreve em 10 anos, contados da abertura da sucessão (art. 205).

Também tem direito à petição de herança o herdeiro

testamentário, quando o testamento que o beneficia era desconhecido ao tempo da abertura da sucessão e foi descoberto após a conclusão da partilha. Imaginava-se que o autor da herança morrera *ab intestato*, mas, na verdade, ele havia testado para uma certa pessoa quota de seu patrimônio ou, quando admissível, a totalidade deste. Aqui, o testamentário deve mover a petição de herança contra os herdeiros aparentes e deles haver a restituição do que lhe cabe por direito sucessório. Evidentemente, salvo no caso de o testamentário ter sido nomeado herdeiro universal, será ineficaz a partilha, que deve ser totalmente refeita para que não seja prejudicado apenas o herdeiro demandado. Outra observação útil nesse passo é a de que o legatário não faz jus à petição de herança, que sempre tem por objeto uma universalidade, ainda que composta por quota-parte do patrimônio do morto. Ele exerce seus direitos cobrando em juízo a entrega do legado contra o sucessor ou espólio obrigado a prestá-lo.

Por fim, também cabe a petição de herança contra quem não ostentava o título de sucessor, mas era mero possuidor do bem. O herdeiro, agindo individualmente, não tem ação petítória ou possessória nesse caso, as quais são manejáveis pelo espólio. Se o inventariante não promove a medida judicial necessária à proteção dos interesses do condomínio hereditário, o herdeiro pode demandar o possuidor da herança, ou de parte dela, por meio dessa ação.

O possuidor está obrigado à restituição dos bens do acervo e terá a responsabilidade regida pelos preceitos do direito das coisas (CC art. 1.826). Quer dizer, se estava de boa-fé, poderá reter as benfeitorias úteis e necessárias até ser indenizado por elas, terá direito aos frutos percebidos etc.; já o de má-fé terá o direito à indenização apenas pelas benfeitorias necessárias, mas não poderá retê-las, respondendo pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais etc. (arts. 1.214 a 1.222). Note, porém, que a boa-fé, quando existente, cessa com a citação na petição de herança (art. 1.826, parágrafo único).

A petição de herança, em geral, é cabível depois de concluída a partilha, porque antes dela, quem se considera sucessor e não foi relacionado pelo inventariante como tal, deve, na verdade, pleitear sua admissão no inventário. Não tem legitimidade para a petição de herança, nesse momento, porque a lei lhe confere a alternativa da admissão no inventário. Pode ocorrer de o juiz, diante da complexidade dos fatos, determinar a sustação do pedido de admissão e remeter as partes para as vias ordinárias. Somente nessa hipótese a petição de herança poderá ser ajuizada pelo herdeiro preterido anteriormente à partilha, mas estará legitimado por ter tentado, antes, ser admitido no processo de inventário (CPC, art. 1.001).

Um só herdeiro pode intentar a petição de herança, para buscar a restituição desta, ainda que outros coerdeiros

também tenham sido preteridos (CC, art. 1.826). Trata-se de previsão legal consentânea com a natureza de condomínio de que se reveste a herança. Como, no condomínio geral, qualquer condômino pode isoladamente reclamar a coisa comum de terceiro (art. 1.314), também o coerdeiro pode ingressar com a petição de herança, sem o concurso dos demais.

A petição de herança é a ação destinada ao reconhecimento de direito sucessório e a restituição da herança a quem o titularizava, mas foi preterido na partilha.

Se os bens que compõem o acervo hereditário objeto de restituição não se encontram mais na titularidade e posse daquele a quem foi destinado na partilha, o herdeiro poderá reivindicá-los, em princípio, de terceiros. A menos, como já se mencionou (subitem 2.4), se tiverem sido alienados por herdeiro aparente a pessoa de boa-fé (CC, art. 1.827 e

parágrafo único).

Por fim, não pode ser movida a petição de herança contra o herdeiro aparente que, de boa-fé, pagou um legado, com o objetivo de ver o bem correspondente restituído ao acervo hereditário. Nesse caso, a petição de herança deve ser promovida contra o legatário (CC, art. 1.828).

3.5. Herança jacente e herança vacante

Quando não se apresentam sucessores, legítimos ou testamentários, o patrimônio do falecido é considerado *jacente*. Quer dizer, ficará sob a guarda e administração de um curador nomeado pelo juiz, à espera de sucessores. No processo de inventário, expedem-se editais, chamando-os. Decorrido um ano sem que apareçam titulares de direito sucessório, declara-se a herança *vacante*. Também se declara, desde logo, a vacância se todos os herdeiros chamados a suceder renunciarem à herança (CC, arts. 1.819, 1.820 e 1.823).

São duas situações diferentes, portanto, a jacência e a vacância de herança. Herança jacente é a que aguarda a habilitação de sucessores; vacante, a que remanesce sem titular, depois de um ano dos editais convocando os sucessores à habilitação.

Depois de decorridos cinco anos da declaração de vacância, os bens do falecido passam ao patrimônio público. Nesse período, mesmo declarada a vacância da herança,

alguns dos familiares sucessíveis ainda podem se habilitar para exercer seus direitos hereditários. Somente os parentes colaterais perdem o direito sucessório se não promoveram a habilitação durante a fase de jacência (CC, art. 1.822 e parágrafo único).

Como já referido anteriormente, os bens do acervo hereditário, na hipótese de herança vacante, são destinados ao Município em que se situam (quando imóveis) ou forem encontrados (quando móveis). Situados ou encontrados no Distrito Federal, a ele serão destinados. São, por fim, da União os bens situados ou encontrados em Território Federal (CC, art. 1.844).

SUCCESSÃO LEGÍTIMA

1. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Quando falece alguém sem testamento, caduca o testamento deixado ou declara-se sua invalidade, os bens do patrimônio do falecido são destinados exclusivamente aos herdeiros legítimos, isto é, seus familiares indicados na lei (CC, art. 1.788).

O chamamento à sucessão dos sucessores legítimos obedece a uma ordem de classificação. Os familiares acomodados numa determinada classe têm preferência sobre os de ordem posterior, e cedem lugar aos da classe anterior, a menos, obviamente, que se encontrem nos extremos da

classificação. Estruturalmente falando, são chamados a suceder os sucessores da primeira classe; não existindo, chamam-se os da segunda classe; se não existirem sucessores desta também, os da terceira classe são convocados, e assim por diante.

É bastante complexa a classificação dos familiares sucessíveis. Sua compreensão demanda muita atenção e concentração do estudioso, até mesmo porque a lei, por vezes, é mal redigida, o que dificulta sua exegese. Além do mais, conforme se detalhará mais à frente, parte dos preceitos sobre a vocação hereditária está viciada por inconstitucionalidade, por desconsiderar o tratamento isonômico das famílias constitucionais, o que torna ainda mais complexa a matéria (subitem 2.5).

Pois bem, começo por transcrever a ordem de vocação hereditária disposta no art. 1.829 do CC. Por esse dispositivo, encontram-se na primeira classe de familiares sucessíveis os “descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens”, e salvo “se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares” (inciso I). Na segunda classe, acomodam-se os “ascendentes, em concorrência com o cônjuge” (inciso II). O familiar sucessível de terceira classe, segundo esse dispositivo, é o “cônjuge sobrevivente” (inciso III). E a

quarta e última classe alberga os parentes “colaterais” até o quarto grau (inciso IV).

Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I — aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II — aos ascendentes, em

- II — aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;*
III — ao cônjuge sobrevivente;
IV — aos colaterais.

Mas não é suficiente considerar o disposto no art. 1.829 do CC, para compreender, em toda sua complexidade, a ordem de vocação hereditária. Os dispositivos que o seguem estabelecem uma série de regras, que leva em conta a diversidade de grau, direito de representação, sucessão por cabeça ou por estirpe, sucessão por linha e preferências internas à classe, além de critérios para distribuição da herança entre familiares concorrentes.

No emaranhado da questão, a melhor alternativa didática não é a de examinar como se opera a sucessão em cada classe; mas, sim, tratar dos direitos sucessórios de cada familiar sucessível em separado, começando pelo cônjuge e companheiro (item 2) e, na sequência, tratando dos descendentes, ascendentes e colaterais (itens 3 a 5).

2. O CÔNJUGE OU COMPANHEIRO COMO SUCESSOR

Quem se debruça sobre a história do direito das sucessões percebe, sem dificuldade, que, ao longo do

tempo, a mudança mais significativa na vocação hereditária tem sido a da constante valorização do cônjuge (Wald, 2002:66). A cada alteração substancial na lei, esse familiar ganha maior participação na sucessão. No direito brasileiro, a valorização do cônjuge na ordem de vocação hereditária descreve a seguinte trajetória: até 1907, sucedia em quarto lugar, depois dos parentes colaterais até o décimo grau (isto é, depois de tios-bisavôs, sobrinhos-bisnetos e primos longínquos); naquele ano, com a Lei Feliciano Pena, o cônjuge passou a ter preferência sobre os colaterais; o Código Beviláqua, em 1916, não alterou essa ordem, mantendo o cônjuge na terceira classe, atrás dos filhos e, não os havendo, dos pais do falecido (Beviláqua, 1898:181/192); o Código Reale, em 2003, promoveu-o à primeira e segunda classe de familiares sucessíveis, em concorrência respectivamente com os descendentes e ascendentes.

A valorização do cônjuge é visível também em direitos estrangeiros. Ao longo do século passado, na Itália, Portugal, Argentina e Alemanha, por exemplo, o cônjuge passou a participar da sucessão concorrendo com os descendentes e ascendentes. É certo que, em alguns direitos, como no francês, ele ainda está em quarto lugar na ordem de vocação, depois dos irmãos do falecido (Oliveira, 2005:38/39), mas isso não representa a tendência manifestada pela maioria dos direitos de filiação romano-

germânica.

Essa tendência — que, em minha opinião, ainda não se esgotou — é inteiramente justificável. Para a formação do patrimônio do defunto, a contribuição do cônjuge é indiscutivelmente a mais consistente, quando contraposta à dos descendentes (que, a rigor, pouco ou nada contribuem, só se beneficiam do acervo acumulado pelos pais) e ascendentes vivos. Se, no passado, a manutenção da riqueza de uma família nas mãos dos parentes “de sangue” era um valor corrente — compatível com a organização da produção na Antiguidade e no feudalismo e, também, com a necessidade de acumulação econômica do início do capitalismo —, hoje em dia perdeu o sentido por completo, tanto no plano axiológico como no racional.

O disposto no art. 1.830 do CC reforça o argumento de que o móvel do incremento da participação do cônjuge na sucessão legítima liga-se à contribuição dada, por ele, ao patrimônio objeto de sucessão. Segundo esse preceito, o cônjuge sobrevivente não titula nenhum direito sucessório se, ao tempo da abertura da sucessão, estava separado judicialmente do falecido; ou se estava separado de fato, há mais de dois anos, salvo, nesse último caso, se a convivência se tornara impossível por culpa do falecido. Para ser considerado familiar sucessível, portanto, o cônjuge deve estar ainda numa situação jurídica em que a contribuição para a construção e manutenção do patrimônio

do *de cuius* seja factível. Se estava separado judicialmente deste, nenhuma contribuição ao patrimônio dele havia como ser dada. Igualmente seria uma abstração vazia a ideia de ajuda partida de cônjuge já separado de fato há dois anos ou mais. Claro que, no caso da separação de fato, a lei paga tributo uma vez mais à vetusta noção de culpa pela insuportabilidade da vida em comum, com o objetivo de preservar o cônjuge inocente de qualquer prejuízo. Assim, mesmo que a separação de fato perdure há mais de dois anos, o cônjuge continua familiar sucessível, e, portanto, titular de direitos sucessórios na ordem de vocação hereditária, quando não tiver sido dele a culpa pela ruptura da convivência.

O cônjuge teve valorizada a sua participação na ordem de vocação hereditária, com a entrada em vigor do Código Reale. Passou a concorrer com os descendentes e ascendentes do falecido, além de herdar a totalidade da herança

quando inexistentes esses familiares sucessíveis.

Mas, para ser sucessor, o cônjuge deve estar convivendo com o falecido na data da abertura da sucessão. Se estavam separados judicialmente, o sobrevivente não tem nenhum direito sucessório. Se estavam separados de fato há mais de dois anos, para ser sucessor do falecido o cônjuge supérstite não pode ter sido o culpado pelo rompimento da convivência.

Em relação ao companheiro, não se pode negar que, no

plano da contribuição para a construção do patrimônio do falecido, encontra-se em pé de absoluta igualdade com o cônjuge. A mesmíssima contribuição que se presume seja dada por um cônjuge também provém daquele que convive em regime de união estável. Não há diferença nenhuma, sob o ponto de vista da maior ou menor importância da contribuição para a construção e manutenção do patrimônio de alguém, se a relação de conjugalidade em que está envolvido funda-se no matrimônio ou na convivência duradoura, pública e destinada à constituição de família. Cônjuge e companheiro contribuem igualmente para o implemento do patrimônio da pessoa à qual estão vinculados.

Desse modo, se o cônjuge tem se beneficiado de uma inegável valorização em sua posição na ordem de vocação hereditária, em função do reconhecimento de sua maior contribuição para a formação do patrimônio a partilhar, é inconcebível que o companheiro não possa desfrutar de igual promoção. Seria uma odiosa discriminação. O direito das sucessões, portanto, não pode diferenciar o cônjuge e o companheiro, na definição das preferências e quinhões sucessórios. Ambos devem receber da lei tratamento idêntico, porque não existem razões que possam justificar qualquer vantagem ou desvantagem, para um ou outro, no momento da destinação dos bens do falecido com quem mantinham relação de conjugalidade.

O Código Civil, no entanto, tratou diferentemente a família fundada no matrimônio e a constituída por união estável. Discriminou-as, conferindo mais vantagem ora ao cônjuge, ora ao convivente. Ao fazê-lo, incorreu em inconstitucionalidades que precisam ser consertadas pela tecnologia jurídica. Mas é oportuno caminhar com vagar, pelos caminhos tortuosos das normas legais sobre vocação hereditária. Antes de tratar das inconstitucionalidades e seus desdobramentos (subitem 2.5), convém abstraí-los e considerar a literalidade das disposições do Código Reale.

2.1. Concorrência com os descendentes

Cônjuge e companheiro concorrem, como sucessores, com os descendentes, na primeira classe da ordem de vocação hereditária. Mas, de acordo com o preceituado no plano da lei ordinária, com abstração por enquanto dos preceitos constitucionais, eles não concorrem segundo iguais critérios. Por isso, convém primeiro examinar o concurso do cônjuge com os descendentes (subitem 2.1.1) e, depois, o do companheiro (subitem 2.1.2).

2.1.1. Concorrência do cônjuge com os descendentes

A concorrência do cônjuge do falecido com os descendentes deste é uma das questões mais discutidas pela doutrina civilista, após a entrada em vigor do Código Reale (Hironaka, 2003:213/229; 2004:89/104; Oliveira,

2005:81/186; Leite, 2003:209/243). Não somente porque representou uma inovação significativa no direito das sucessões, mas também em razão do pouco cuidado que revelou ter o redator do texto normativo relativamente à complexidade do tema, dificultando sua inteligência.

As regras de concorrência do cônjuge e os descendentes do falecido variam segundo dois fatores. De um lado, o regime de bens do casamento. Dependendo do regime patrimonial adotado pelos cônjuges, existe ou não concorrência; e, mesmo quando existe, pode alcançar apenas parte da herança em função ainda do regime patrimonial adotado. De outro lado, variam as regras da concorrência de acordo com a natureza da descendência deixada pelo falecido. Porções diversas da herança são destinadas aos concorrentes quando do concurso participam apenas descendentes comuns (todos são filhos do cônjuge e do falecido) ou somente descendentes exclusivos (todos são filhos do falecido, mas nenhum é do cônjuge) e no caso de descendência híbrida (alguns dos descendentes são comuns e outros, exclusivos).

Em relação ao primeiro fator, a lei atribui ou nega a qualidade de concorrente ao cônjuge em função do regime de bens adotado no casamento. Desse modo, concorrem os cônjuges casados nos regimes de separação facultativa e participação final nos aquestos. Os cônjuges casados nos regimes de comunhão universal e de separação obrigatória

não concorrem com os descendentes do falecido. Em relação aos casados em regime de comunhão parcial, haverá concorrência sobre os bens particulares do falecido, se este os tiver deixado; não os tendo, por consequência, o concurso não se instala.

Veja que se está falando da *herança* deixada pelo falecido, e não necessariamente de todo o patrimônio que se encontrava em nome dele. Se havia comunhão de bens com o cônjuge, antes de se definir o patrimônio objeto de sucessão, deve-se destacar dele a meação do sobrevivente. A morte, recorde, é causa de dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 1.571, I); e esta tem como um de seus efeitos — tal como na separação — a partilha dos bens dos cônjuges, de acordo com o regime patrimonial adotado. Para o inventário, assim, convergem todos os bens em nome dos cônjuges (do falecido e do sobrevivente) integrantes da comunhão instituída pelo matrimônio. Por exemplo, se *Antonio* é casado com *Benedita*, no regime de comunhão universal, e possui em seu nome apenas um imóvel (para simplificar, não deixou dívidas), a herança corresponderá à metade desse bem. A outra metade é de *Benedita*, por força da meação a que tem direito em razão do regime de bens adotado. Se *Antonio* deixou um filho, *Carlos*, este o sucederá na metade do imóvel componente da herança, enquanto *Benedita* ficará com a parte correspondente à sua meação. Quando se diz que o cônjuge casado em comunhão

universal não concorre com o descendente na herança, portanto, isso significa que ele não terá, na partilha imposta pela dissolução da sociedade conjugal em razão do falecimento do outro cônjuge, nada além da sua meação. Claro, os direitos sucessórios desse cônjuge serão bem diversos, se o falecido não tiver deixado descendentes, mas disso trato em seguida (subitens 2.2 e 2.3).

A regra estabelecida pelo art. 1.829, I, do CC, sobre a concorrência do cônjuge com os descendentes, em função do regime de bens, não é difícil de se operacionalizar. Definido o regime, sabe-se se há ou não concorrência. Difícil é entender o critério que teria baseado as escolhas do legislador. Ao excluir da concorrência o cônjuge casado em comunhão universal de bens, parece considerar que ele, por ter já assegurada a meação, não ficaria ao desamparo em razão do passamento de seu esposo ou esposa. Se é este o valor prestigiado pelo legislador, então se compreende, igualmente, a regra sobre a exclusão da concorrência no caso da comunhão parcial sem bens particulares. Claro, quando não existem bens particulares, os cônjuges casados em comunhão parcial encontram-se em situação patrimonial idêntica à dos unidos em regime de comunhão total.

Mas, como entender a distinção entre os regimes de separação obrigatória e facultativa? Nos dois casos, os cônjuges não titulam o direito à meação, e a morte do mais rico deles poderia deixar ao desamparo o outro, tanto faz se a

separação foi o regime obrigado pela lei ou escolhido pelos nubentes. Simplesmente, não se conseguem perscrutar as intenções do legislador, nalgumas exceções estabelecidas à concorrência. O Superior Tribunal de Justiça, em vista provavelmente da pouca clareza do critério legal (presumindo-se que exista!), por vezes, tem decidido que, nas duas hipóteses de separação, inclusive na facultativa, não haveria concorrência com os descendentes. A insegurança jurídica é patente: se não será facilmente compreensível porque o cônjuge, na separação obrigatória, estava excluído da concorrência, menos facilidade há em compreender-se a razão de se estender a exclusão também ao caso de separação facultativa.

A propósito, veja que a remissão do art. 1.829, I, ao parágrafo único do art. 1.640 não tem nenhum sentido, já que a separação obrigatória é tratada no art. 1.641, todos do CC. É um erro material, que deve ser desconsiderado na interpretação do preceito (Veloso, 2002a:1648).

Na concorrência entre o cônjuge e descendentes do falecido, importa considerar, em primeiro lugar o regime de bens do

lugar, o regime de bens do casamento.

Não concorre com os descendentes o cônjuge sobrevivente casado com o falecido em regime de comunhão universal de bens ou separação obrigatória.

Se o casamento submetia-se aos regimes de separação facultativa ou participação final nos aquestos, o cônjuge sobrevivente participa da primeira classe de sucessão legítima, concorrendo com os descendentes.

Finalmente, se o regime do casamento era o da separação

parcial, o cônjuge concorrerá apenas na herança representada pelos bens particulares do falecido. Se não existiam, não haverá concorrência.

O segundo fator que interfere na extensão do direito sucessório do cônjuge, quando concorre com os descendentes, diz respeito à natureza da descendência. Aqui, há quatro hipóteses a considerar (para simplificar, cuido, por enquanto, apenas de descendentes do mesmo grau).

1ª) Quando o falecido deixa até três descendentes, o cônjuge concorre por cabeça (CC, art. 1.831, primeira parte). Isso significa que receberá porção igual às dos descendentes. Se o falecido deixou um filho apenas, o cônjuge herda metade; se deixou dois, herda um terço; quando são três os descendentes, o percentual da herança do cônjuge é um quarto. Sendo o número de descendentes igual ou inferior a três, é irrelevante se a descendência é comum, exclusiva ou híbrida. Em qualquer caso, a concorrência será por cabeça.

2ª) Se a descendência do falecido é integrada apenas por filhos exclusivos dele, o cônjuge continua herdando por cabeça, qualquer que seja o número de descendentes. Isto é, se o cônjuge não é ascendente de nenhum dos descendentes do *de cujus*, receberá invariavelmente porção igual à deles. Se forem quatro os filhos, o cônjuge herdará um quinto; se forem cinco, sua parte na herança será de um sexto, e assim por diante.

3ª) Na situação em que o cônjuge concorre apenas com filhos comuns, ou seja, descendentes dele e do falecido, a lei lhe assegura o direito a uma porção mínima da herança, correspondente a um quarto (CC, art. 1.832, *in fine*). Desse modo, sendo quatro ou mais os filhos comuns, ao cônjuge é destinada a quarta parte da herança e os três quartos restantes são divididos entre os descendentes, em porções iguais. Assim, se eram cinco os filhos do casal, 25% da herança cabe ao cônjuge e 15% a cada descendente.

4ª) Finalmente, se a concorrência se estabelece entre o cônjuge e descendentes comuns e exclusivos do falecido, a inexistência de preceito legal específico desperta, na tecnologia jurídica, a dúvida acerca do critério a adotar. Se incidir a primeira parte do art. 1.832 do CC, a repartição da herança faz-se por cabeça, sem reserva da quarta parte ao cônjuge; mas se aplicada a parte final do mesmo dispositivo, a destinação dos bens deve atender, inicialmente, à porção mínima do cônjuge. A solução para a dúvida suscitada pela

inexistência de previsão específica da concorrência no caso de descendência híbrida aponta para a regência do tema pela primeira parte do art. 1.832 do CC. Isto é, o cônjuge só tem a garantia da porção mínima de um quarto da herança ao concorrer *exclusivamente* com seus próprios descendentes. Quando ele não for ascendente da totalidade dos seus concorrentes, não tem aplicação a parte final do dispositivo (Hironaka, 2004:96; Oliveira, 2005:111/123).

Ao concorrer exclusivamente com descendentes do falecido, dos quais também é ascendente, o cônjuge tem assegurada a porção mínima da herança correspondente a um quarto. Nos casos, porém, de descendência exclusiva do falecido, ou híbrida, o cônjuge herda parte idêntica à destinada aos descendentes.

2.1.2. Concorrência do companheiro com os descendentes

A regra atinente à concorrência do companheiro com descendentes do falecido é bem mais simples que a do cônjuge. Se concorrer com descendentes comuns, terá o direito à parte da herança igual à cabível a cada um deles.

Assim, se da união estável resultaram dois filhos, o companheiro herda um terço; se resultaram três, um quarto etc. (CC, art. 1.790, I).

Se a concorrência se estabelece entre o companheiro e descendência exclusiva do falecido, a parte da herança que lhe é destinada corresponderá à metade da porção de cada descendente. Quer dizer, se o companheiro concorre com um filho exclusivo do falecido, fará jus a um terço da herança; se entra em concurso com dois filhos exclusivos, terá direito a um quinto; se concorre com três, sua quota hereditária será de um sétimo; e assim por diante (CC, art. 1.790, II).

Em se estabelecendo o concurso entre o companheiro e a descendência híbrida do falecido (filhos comuns e exclusivos), novamente não há disposição legal que defina o direito sucessório. E, mais uma vez, deve-se considerar que a participação mais vantajosa só tem cabimento quando *todos* os descendentes do companheiro falecido o forem também do sobrevivente; isto é, quando o convivente concorrer *somente* com descendentes dos quais for também ascendente, terá direito a quota igual à deles; se concorrer com descendentes comuns e exclusivos, porém, receberá apenas a metade do destinado a cada um deles, inclusive aos seus. Qualquer outra solução levaria à discriminação dos filhos do falecido (Oliveira, 2005:162/172), que devem ser tratados de forma isonômica na sucessão, para obediência do art. 1.834 do CC.

Lembre que se está considerando, aqui, exclusivamente a parte do patrimônio comum dos conviventes que corresponde à meação do falecido ou aos seus bens particulares. A meação correspondente ao direito do companheiro supérstite, evidentemente, não integra o patrimônio a ser transmitido aos sucessores do falecido, e não integra a herança.

De acordo com o Código Civil, o companheiro sobrevivente tem direito à porção idêntica à dos descendentes, quando deles for também ascendente e não houver descendência exclusiva do falecido.

Mas terá direito apenas à metade da parte de cada descendente, quando eles forem, todos ou em parte, exclusivos do companheiro falecido.

Comparando os direitos de sucessor titulados pelo companheiro com os do cônjuge, pode-se verificar que a lei os tratou de forma discriminatória. É certo que não

prejudicou um deles somente, tendo distribuído entre os dois as desvantagens engendradas, ora privilegiando um, ora o outro.

Com ênfase, quando se considera a hipótese do companheiro concorrendo com descendentes comuns, nota-se que ele, em princípio, se encontra numa situação mais vantajosa que o cônjuge. Enquanto esse nem sempre concorre, porque, dependendo do regime do casamento, estará excluído da primeira classe dos herdeiros legítimos, o convivente terá sempre o direito de concorrer.

Na união estável, salvo convenção entre os conviventes em sentido diverso, o regime de bens é invariavelmente o da comunhão parcial (CC, art. 1.725). Mas tenha o falecido deixado ou não bens particulares, o companheiro concorrerá à herança com os descendentes dele. Diferentemente, o cônjuge casado no regime de comunhão parcial apenas concorre com os descendentes, na repartição da herança correspondente aos bens particulares, quando houver. O tratamento dispensado ao companheiro, portanto, nesse caso, é mais benéfico.

Ao se comparar o direito sucessório do companheiro com o do cônjuge casado em regime de comunhão universal ou separação obrigatória, a discriminação em favor do primeiro é ainda mais acentuada. Enquanto o cônjuge, nesses casos, nunca concorre com os descendentes do *de cuius*, o companheiro irá sempre concorrer.

O desequilíbrio no tratamento dos direitos sucessórios se inverte, porém, quando o falecido deixa descendentes exclusivos, se comparada a hipótese à do cônjuge com direito à concorrência (isto é, o casado segundo os regimes de separação facultativa ou de participação final nos aquestos). Nesse caso, o companheiro recebe a metade do que receberia o cônjuge na mesma situação. Também se desequilibra a equação em desfavor do companheiro, no caso de o cônjuge com direito à concorrência ter descendentes comuns em número igual ou superior a quatro. Aqui, como visto, assegura-se ao cônjuge a quarta parte da herança, como a quota correspondente ao seu direito sucessório. Mas o companheiro, na mesma situação, não teria direito a uma porção mínima do patrimônio objeto de sucessão, concorrendo sempre por cabeça.

O cônjuge casado em regime de separação facultativa está em situação mais vantajosa do que o companheiro. Aquele concorre com os descendentes na totalidade da herança, enquanto este último somente titula direito sucessório concorrente relativamente aos bens adquiridos de modo oneroso na constância da união estável.

2.2. Concorrência com os ascendentes

Na concorrência do cônjuge com os ascendentes do falecido, é irrelevante o regime de bens do casamento. Qualquer que tenha sido o adotado, é idêntico o direito

sucessório do viúvo ou viúva.

Distinguem-se, nessa concorrência, apenas duas situações. De um lado, se o concurso se verifica entre o cônjuge sobrevivente e dois ascendentes de primeiro grau do falecido (isto é, seu pai e sua mãe), o cônjuge terá direito a um terço da herança. De outro lado, se a concorrência ocorre com um só ascendente de primeiro grau (o pai ou a mãe do falecido) ou com ascendentes de grau superior (um, dois, três ou quatro avós, um bisavô etc.), o cônjuge terá sempre direito à metade da herança (CC, art. 1.837).

Em relação ao companheiro, a lei lhe atribui o direito a um terço da herança, independentemente do número de ascendentes ou dos respectivos graus (CC, art. 1.790, III). Assim, se o falecido mantinha união estável com alguém e sua mãe vivia na época da abertura da sucessão, a ascendente fica com dois terços da herança, e o companheiro com o terço restante. Se tinha uma avó, serão dela os dois terços do patrimônio objeto de sucessão, e assim por diante. Havendo mais de um ascendente, eles dividem os dois terços da herança que lhes cabe, segundo as regras próprias da vocação hereditária dessa classe (item 4).

Concorrendo com ascendentes, o cônjuge terá direito a um terço da herança, quando forem vivos pai e mãe do de cujus; e à metade da herança, quando for vivo apenas um deles ou o concurso se estabelecer com avós ou bisavós. Nesse caso, é irrelevante o regime de bens adotado no casamento.

Já o companheiro sobrevivente herda sempre um terço, ao concorrer com os ascendentes do falecido.

A comparação do tratamento dado ao cônjuge e ao companheiro, na concorrência com ascendentes do falecido,

permite, uma vez mais, constatar a discriminação da família nascida do matrimônio e da derivada de união estável, em matéria de direito sucessório.

Quando o cônjuge concorre com pai e mãe do falecido, não lhe reservou a lei nenhuma vantagem, relativamente ao companheiro nessa mesma situação. Tanto um como o outro herdam um terço da herança. Nas demais hipóteses, porém, sempre gozará de tratamento mais benéfico o cônjuge. Se for vivo apenas um dos ascendentes de primeiro grau, ou se o concurso se estabelece com parentes de grau maior, o cônjuge herda a metade, enquanto o companheiro continua tendo direito somente a um terço da herança.

2.3. Cônjuge ou companheiro como único sucessor

Além de concorrer com outros familiares sucessíveis do morto, o cônjuge ou o companheiro também é considerado, em determinada hipótese, o único sucessor na ordem de vocação hereditária. Evidentemente, quando chamados a herdar nesse caso, sucedem o falecido na totalidade da herança.

Uma vez mais, contudo, foram tratados de modo diverso pela lei.

O cônjuge é o sucessor único sempre que o falecido não tiver deixado descendentes ou ascendentes (CC, art. 1.838). Irmãos, sobrinhos, tios e primos do defunto, se houver, não serão chamados à sucessão, porque a classe do cônjuge

como herdeiro único tem preferência sobre a dos colaterais (art. 1.829, III e IV). Não há concurso, tampouco, entre o cônjuge e seus cunhados, os filhos ou pais destes. Se os únicos parentes vivos do *de cuius* são colaterais, a herança transmite-se integralmente ao cônjuge, qualquer que seja o regime de bens do casamento.

Já o companheiro só é convocado como sucessor único quando não houver nenhum parente sucessível do falecido (CC, art. 1.790, IV). Quer dizer, se o convivente morto possuía irmão, sobrinho, tio, primo, sobrinho-neto ou tio-avô, o sobrevivente herdará apenas um terço do patrimônio objeto de sucessão (art. 1.790, III). A lei não reconhece preferência ao companheiro, em relação aos colaterais até quarto grau. Somente na falta destes, a herança será transmitida por inteiro ao parceiro da união estável.

O cônjuge é o único sucessor — herdeiro, portanto, da totalidade da herança — quando o falecido não deixou descendente nem ascendente. Já o companheiro será o sucessor único apenas se o falecido não possuía nenhum parente sucessível, incluindo os colaterais até o quarto grau.

2.4. Participação do cônjuge e companheiro na mesma sucessão

O cônjuge e o companheiro podem participar da mesma sucessão. Para divisar as hipóteses em que essa participação comum tem lugar, convém partir das situações em que o cônjuge é sucessor, para identificar em quais delas pode também ocorrer a constituição de uma união estável,

legitimando o companheiro a suceder o falecido.

Em três casos o cônjuge sobrevivente participa da sucessão do falecido: a) quando, na abertura da sucessão, havia convivência entre eles; b) se estavam, naquela época, separados de fato há menos de dois anos; c) se a separação de fato perdurava há mais tempo, mas não tinha sido motivada por culpa do sobrevivente.

Pois bem, na hipótese *a*, o cônjuge pode eventualmente concorrer com descendentes e ascendentes do falecido, nas situações já assinaladas; com ninguém mais, contudo. Se o falecido mantinha em paralelo ao casamento relações com outra pessoa, elas não configuram união estável, ainda que caracterizadas pela *affectio maritalis*. Com efeito, se o relacionamento paralelo ao casamento tinha o objetivo também de constituição de família, ele é uma união livre, espécie de concubinato. E, como assentado anteriormente, o direito ainda resiste a atribuir efeitos a essa entidade familiar, para fins sucessórios (Cap. 59, item 4). O concubinato não gera nenhum direito de sucessão, seja o concubino um simples amante (com quem a pessoa casada convivia com o único objetivo de obter satisfação sexual) ou parceiro dum relacionamento não exclusivo, mas destinado a constituir família.

Para que se caracterize juridicamente a união estável, é indispensável que os conviventes estejam desimpedidos para o casamento ou, quando há impedimento, esteja o

impedido separado de fato de seu cônjuge. Não se admite a união estável simultânea ao relacionamento matrimonial. Desse modo, a participação do cônjuge e companheiro numa mesma sucessão só pode ocorrer nas hipóteses *b* e *c* acima indicadas. Quer dizer, quando o falecido ainda estava no estado civil de casado, mas havia se separado de fato há menos de dois anos, o cônjuge é familiar sucessível. Se, nesse período, o separado de fato construiu uma união estável, o companheiro também é sucessor. Ambos participarão, em decorrência, da mesma sucessão. Igualmente, se a separação de fato perdurava há mais de dois anos, mas o cônjuge sobrevivente não tinha sido o culpado pela impossibilidade da preservação da vida em comum, tendo o falecido nesse período se envolvido numa união estável, participam de sua sucessão tanto o esposo, ou esposa, como o companheiro.

Não há, na lei, nenhuma disposição específica sobre a participação concomitante de cônjuge e convivente numa única sucessão. A destinação dos bens da herança, então, deve seguir as regras gerais. Para tanto, cabe separar dois montes. No primeiro, os bens que o defunto adquirira onerosamente na constância da união estável; no segundo, os seus demais bens.

Da destinação dos bens do primeiro monte não participa o cônjuge sobrevivente, assim como o companheiro não participa da do segundo. Isso porque o art. 1.790, *caput*, do

CC, define os bens objeto do direito sucessório do companheiro, circunscrevendo-os aos “adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Em relação a esses bens, o companheiro só concorre *comparentes* do falecido, conforme se percebe dos incisos I a III do mesmo dispositivo. Ora, como o cônjuge não se enquadra nesse conceito legal, segue-se que não terá participação na destinação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável do falecido. Desse modo, se não existirem outros familiares sucessíveis, o companheiro herda a totalidade dos bens do falecido adquiridos onerosamente na constância da união estável e o cônjuge, todos os demais.

Podem participar da mesma sucessão o cônjuge e o companheiro do falecido. Isso é possível apenas se este último estava separado de fato há menos de dois anos ou se não tinha sido do cônjuge sobrevivente a culpa da separação.

Imagine, para ilustrar, que *Darcy* e *Evaristo* eram casados no regime de separação de bens (facultativa) e tinham um filho, *Fabrizio*. Imagine também que estavam separados de fato, e que a culpada pela separação era inegavelmente *Darcy*, que abandonara o lar e o filho, para viver com *Germano*. O patrimônio adquirido por *Darcy* antes da separação de fato tinha o valor de \$ 1.000. Por fim, imagine que da união estável de *Darcy* e *Germano* nasceu uma filha, *Hebe*; e que, na constância dessa união, os conviventes adquiriram, de forma onerosa, bens no valor de

\$ 3.000, e *Darcy* recebeu herança do pai, no valor de \$ 2.000.

Falecendo *Darcy*, ela deixa quatro sucessores: os filhos *Fabrcício* e *Hebe*, o cônjuge *Evaristo* e o companheiro *Germano*. Proceder-se-á, então, à seguinte destinação de seus bens: i) em primeiro lugar, eles devem ser separados em dois montes, sendo o primeiro constituído pelos adquiridos onerosamente na constância da união estável (\$ 3.000) e o segundo, pelos demais (\$ 3.000); ii) do primeiro monte, deve-se separar a meação de *Germano* (\$ 1.500), que não integra o objeto da sucessão; iii) da herança de *Darcy* no primeiro monte, *Germano* recebe $\frac{1}{5}$ (\$ 300), enquanto *Fabrcício* e *Hebe* recebem $\frac{2}{5}$ cada (\$ 600), em razão do disposto no art. 1.790, II, do CC; iv) da herança de *Darcy* no segundo monte, *Evaristo*, *Fabrcício* e *Hebe* recebem $\frac{1}{3}$ cada (\$ 1.000), em vista do prescrito pelo art. 1.829, I, do CC.

A final, da herança de *Darcy*, o companheiro *Germano* herda \$ 300, o marido *Evaristo* recebe \$ 1.000, e os filhos *Fabrcício* e *Hebe*, \$ 1.600 cada.

2.5. Inconstitucionalidades no Código Civil

Um dos critérios de classificação das famílias é o que as distingue em *constitucionais* e *não constitucionais* (Cap. 55, item 4). Na primeira categoria, estão as famílias mencionadas na Constituição Federal, que são as constituídas pelo matrimônio ou união estável e as monoparentais (art. 226 e §§ 3º e 4º); as demais são famílias

não constitucionais.

A diferença entre essas duas categorias de família diz respeito ao regime que a lei pode adotar ao estabelecer os direitos e obrigações dos seus membros. Quando é constitucional a família, a lei ordinária não pode diferenciar esses direitos e obrigações. Já se vier a disciplinar alguma família não constitucional, como, por exemplo, a constituída pela parceria entre pessoas do mesmo sexo, a lei ordinária poderá validamente atribuir aos seus membros direitos e obrigações diversos dos reconhecidos aos de uma família constitucional.

Em outros termos, nenhum membro de família constitucional pode ser tratado pela lei de modo menos vantajoso que o equivalente em outra família dessa categoria. Para os fins que interessam a este subitem, o cônjuge e o companheiro não podem receber, na lei, tratamentos diversos em matéria de direitos sucessórios. É inconstitucional o preceito normativo de lei ordinária que discrimine qualquer um deles.

Anoto, porém, que o direito constitucional do companheiro ao tratamento isonômico em relação ao cônjuge não é largamente aceito pela tecnologia civilista. Na verdade, predomina o entendimento de que a família constituída pelo casamento pode e deve gozar de tratamento mais vantajoso na lei; que a formada pela união estável pode conferir aos seus membros direitos e obrigações

diferenciados. Para a maioria da doutrina, a Constituição não equiparou as duas formas de família, tendo, ao contrário, manifestado preferência pela matrimonial, em detrimento da união estável (cf. Queiroga, 2005:63/66).

Abstraídos os inspirados na ideologia conservadora referente à organização familiar, dos argumentos contrários à isonomia constitucional entre a família matrimonial e a da união estável parece restar um só digno de consideração. Por meio dele, os autores costumam apontar para a parte final do § 3º do art. 226 da CF, que determina à lei a facilitação da conversão da união estável em casamento, de modo a concluir pela existência de uma hierarquia entre essas famílias. Se o constituinte quer que a lei facilite a conversão de uma espécie em outra, argumenta-se, então ele não dá igual importância a todas as famílias que menciona.

Esse argumento impressiona à primeira vista e tem sido empregado por muitos dos mais importantes civilistas da atualidade para considerar válida a discriminação feita, pelo Código Civil, em matéria sucessória, entre o cônjuge e o companheiro. Mas, a rigor, ele não demonstra ter a Constituição estabelecido qualquer hierarquia entre o casamento e a união estável.

Em primeiro lugar, se a facilitação da conversão da união estável em casamento indica alguma preferência do constituinte, ela deve ser entendida no modo inverso ao que tem afirmado a doutrina tradicional, isto é, no sentido da

primazia da união estável sobre o casamento. Como visto, os conviventes, quando são desimpedidos, podem simplesmente se casar ao invés de optarem pela conversão em casamento. Quando buscam a conversão, têm como objetivo preservar os efeitos de sua união estável. Se a Constituição manda que a lei facilite a conversão desta em casamento, é porque está atenta à importância desses efeitos e considera que os conviventes não podem ter por única alternativa simplesmente se casarem. Isso significaria a desconsideração da importância da união estável. Se há preocupação em preservar algo numa certa mudança, é porque sua relevância transcende à desta. Assim, se a norma constitucional determinando a facilitação da conversão significa hierarquização entre as espécies de família, indicar a matrimonial como superior é tão lógico quanto considerá-la inferior à proveniente da união estável.

Na verdade, essa parte final do preceito constitucional deve ser interpretada com os olhos voltados à realidade. Existem dois tipos de união estável: a dos que têm recursos econômicos para se casar, mas simplesmente não querem; e a dos que não se casam somente porque não têm recursos econômicos para tanto. A facilitação da conversão da união estável em casamento é uma previsão, de alcance social, destinada a atender aos interesses desse segundo grupo de conviventes. Não tem outro significado além desse.

O cônjuge e o companheiro não podem ser tratados de forma diferenciada, pelo direito das sucessões, porque integram famílias constitucionais.

Na superação das inconstitucionalidades em que incorreu o Código Civil, deve-se adotar o princípio da prevalência da norma que dispensa (seja ao cônjuge ou ao companheiro) o melhor tratamento. Assim, o cônjuge titula os direitos sucessórios que a lei reconheceu ao companheiro, quando

privilegiou este último; e o companheiro titula os direitos sucessórios atribuídos pela lei ao cônjuge, quando forem mais vantajosos.

Assentada, portanto, a premissa de que cônjuge e companheiro têm direito ao mesmo tratamento, na ordem de vocação hereditária, cabe retomar as inúmeras desigualdades estabelecidas pelo Código Civil, com o objetivo de questionar a constitucionalidade do respectivo preceito.

De início, cabe descartar a ideia de que estas desigualdades se resolveriam pela simples declaração de inconstitucionalidade do preceito que regula os direitos sucessórios do companheiro, ou seja, do art. 1.790 do CC, como um todo. Essa alternativa pressupõe o oposto do que se pretende afirmar. Se o objetivo é eliminar as desigualdades de tratamento entre cônjuge e companheiro, simplesmente tomar por inconstitucional o dispositivo que regula os direitos sucessórios deste último é reintroduzir, de modo sub-reptício, a hierarquização entre as espécies de

família, com priorização da matrimonial. Por que razão o legislador, *a priori*, teria baixado norma válida ao tratar do cônjuge e incorrido em inconstitucionalidade ao disciplinar os direitos do companheiro?

Para se respeitar, de modo cabal, a isonomia entre o cônjuge e o companheiro, é necessário verificar cada uma das hipóteses em que o tratamento dispensado pela lei foi discriminatório. Em algumas delas, como se viu, a lei conferiu ao companheiro uma vantagem negada ao cônjuge; noutras, fez o inverso. Descartar como inconstitucional a norma referente aos direitos sucessórios do companheiro, para que ele possa gozar dos conferidos ao cônjuge, nem sempre, portanto, lhe será vantajoso. Novamente, a hierarquização das espécies de família acabaria se fazendo sentir em detrimento da união estável.

Em outros termos, sempre que o Código Civil tiver tratado o companheiro de forma mais vantajosa que o cônjuge, será inconstitucional a norma que discriminou a família matrimonial; e quando tiver dispensado ao cônjuge tratamento mais benéfico que ao companheiro, a inconstitucionalidade atingirá a discriminação à família fundada na união estável.

Assim, cabe afirmar, em primeiro lugar, a inconstitucionalidade do art. 1.829, I, do CC, porque libera ao cônjuge tratamento menos benéfico do que o do companheiro. Em consequência, quando concorrer com

descendentes do falecido, o cônjuge terá seu direito sucessório regido pelo art. 1.790, I, do CC. Em outros termos, quando se consideram os preceitos constitucionais sobre a proteção da família, ao cônjuge deve ser destinada porção na herança igual à de cada descendente, *independentemente do regime de bens do casamento*.

É inconstitucional reconhecer o direito à concorrência com os descendentes aos casados em certos regimes de bens e negá-lo aos que adotaram outros regimes. A fragilidade dos critérios para distinguir quem concorre e quem não concorre seria já suficiente para questionar-se a constitucionalidade da norma frente ao princípio constitucional da igualdade (CF, art. 5º, *caput*). Mas, além disso, é inconstitucional discriminar o cônjuge, na concorrência na primeira classe de familiares sucessíveis, em função do regime de bens porque o companheiro não foi assim discriminado.

Ao se levar em conta o disposto no plano constitucional sobre a proteção às famílias, fica até mais simples identificar os familiares sucessíveis integrantes da primeira classe na vocação hereditária: são os descendentes do falecido, em concorrência com o seu cônjuge (qualquer que seja o regime de bens do casamento) ou companheiro.

Em segundo lugar, é cabível a aplicação em favor do companheiro do direito à quota hereditária mínima de um quarto, quando a concorrência se estabelece entre ele e

descendentes do falecido dos quais é também ascendente. Em outros termos, o art. 1.790, I, deve ser interpretado em conjugação com o art. 1.832 do CC, quando se cuidar dos direitos sucessórios do companheiro.

Em terceiro lugar, afirma-se a inconstitucionalidade do art. 1.790, II, do CC, na parte em que reduz pela metade a porção hereditária do companheiro, quando concorre com herdeiros exclusivos do falecido, ou na hipótese de descendência híbrida. Como o cônjuge, nesse caso, tem direito a quota igual à atribuída aos descendentes (apenas a lei não lhe reconhece o direito à fração mínima), o companheiro também deve ter idêntico tratamento.

Em quarto lugar, é inconstitucional o art. 1.790, III, do CC. Quando concorre com os ascendentes do falecido, o companheiro deve ter o mesmo tratamento do cônjuge, com direito à metade da herança, exceto no caso de concurso com o pai e a mãe do falecido. Ademais, não precisa concorrer com os colaterais. Se o autor da herança não tinha descendentes nem ascendentes, o companheiro deve, a exemplo do cônjuge, herdar a totalidade da herança.

Claro que, em se adotando esse critério para a solução das inconstitucionalidades — prevalece sempre o preceito que liberar melhor tratamento, ao cônjuge ou ao companheiro —, os familiares sucessíveis concorrentes acabarão tendo menor participação na herança do que teriam se não se reconhecesse a inconstitucionalidade das normas

discriminatórias ou se ela fosse superada pela aplicação do preceito menos vantajoso. Aqui, no entanto, tem importância recuperar-se o sentido da evolução do direito das sucessões, na matéria atinente à vocação hereditária. Como visto de início, a tendência tem sido a de constante valorização da posição do cônjuge, no quadro dos sucessores. Se assim é, a superação das inconstitucionalidades em que incorreu o Código Civil deve mesmo ser buscada à luz desse princípio: o cônjuge ou companheiro deve ter sua situação melhorada, em detrimento dos familiares sucessíveis do falecido, porque, comparativamente com estes, deu maior contribuição para a formação e incremento do patrimônio objeto de sucessão.

2.6. Direito real de habitação

Independentemente do regime de bens do casamento, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação incidente sobre o imóvel destinado à residência da família (CC, art. 1.831). O objetivo da norma é garantir ao cônjuge o direito de continuar vivendo no mesmo local em que residia, antes do passamento de seu marido ou mulher, mesmo que não seja mais o proprietário de todo o imóvel.

O direito real de habitação impede, por exemplo, que os descendentes ou ascendentes do falecido, para os quais parte do imóvel é transferida, possam cobrar do cônjuge aluguel pelo respectivo uso.

A lei não é expressa a respeito, mas deve-se reconhecer ao cônjuge sobrevivente o direito de usar todo o imóvel com exclusividade. O ascendente ou descendente coproprietário do bem não pode vir morar com o cônjuge, se antes não habitava o mesmo local. Assim deve ser, porque caso contrário o art. 1.831 do CC não teria qualquer implicação. Veja, é direito do condômino usar o bem em condomínio, desde que não exclua nenhum dos outros coproprietários. O cônjuge, portanto, na condição de condômino do imóvel herdado, já titula o direito de usá-lo. Para que o gravame da habitação, que a lei determina recair sobre esse bem, tenha algum significado, é necessário reconhecer ao seu titular mais direitos do que os derivados do condomínio.

O companheiro também é titular de igual direito real de habitação, não somente por força da isonomia de tratamento em relação ao cônjuge, constitucionalmente assegurada, como também em razão da expressa previsão do art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96, que continua em vigor por versar sobre tema não disciplinado no Código Civil.

Por fim, observo que o art. 1.831 do CC estabelece como condição, para a instituição do direito real de habitação, que o imóvel onde reside o cônjuge sobrevivente seja o único dessa natureza a inventariar. Pelo texto da lei, portanto, se na herança houvesse qualquer outro bem imóvel, o cônjuge sobrevivente não seria titular do direito real de habitação. Aqui, estamos diante de mais uma inconstitucionalidade do

Código Civil, que trata o cônjuge de forma menos vantajosa que o companheiro. O art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96 assegura a este último o direito real de habitação, sem o condicionar à inexistência de outros imóveis na herança. Uma vez mais, não há motivos para discriminar o cônjuge na extensão desse direito sucessório.

O cônjuge e o companheiro têm direito real de habitação referente ao imóvel em que residia ao tempo da abertura da sucessão, podendo excluir do uso do bem os descendentes e ascendentes do falecido que porventura se tornarem seus condôminos, a menos que também já morassem no local.

Desse modo, independentemente de existirem ou não outros imóveis na herança, o cônjuge ou companheiro do falecido tem o direito de usar aquele em que residia ao tempo da abertura da sucessão, podendo ademais excluir desse uso os descendentes e ascendentes que se tornaram seus condôminos, a menos que também já residissem no local.

3. OS DESCENDENTES COMO SUCESSORES

Na primeira classe da vocação hereditária, além do cônjuge, também estão os descendentes do falecido, isto é, seus filhos, netos, bisnetos, tataranetos etc. Na linha reta de parentesco, tanto para cima como para baixo, o direito sucessório não se limita pelo grau — ao contrário do que ocorre com a colateral, em que os parentes sucedem apenas até o quarto.

A regra geral de preferência entre os descendentes dita que “os em grau mais próximo excluem os mais remotos” (CC, art. 1.833). O chamamento faz-se por ordem do grau, convocando-se, primeiro, os filhos, depois os netos, em seguida os bisnetos etc. Desse modo, se estiverem vivos todos os filhos do autor da herança, nenhum dos netos ou bisnetos herda; se pré-morreram todos os filhos e vivem todos os netos, nenhum dos bisnetos ou tataranetos será convocado para suceder, e assim por diante.

Quando todos os descendentes chamados à sucessão

são do mesmo grau, eles herdam por cabeça, sendo vedado qualquer tratamento diferenciado (CC, art. 1.834). Desse modo, se o falecido deixou oito filhos, cada um terá um oitavo da herança destinada aos descendentes, independentemente de serem irmãos bilaterais ou unilaterais, havidos dentro ou fora de casamento, adotivos ou socioafetivos. Se é filho, terá direito sucessório idêntico aos demais descendentes de primeiro grau.

Do mesmo modo, se todos os descendentes convocados para sucederem são netos do falecido, a cada qual caberá idêntica porção da herança. Nenhuma distinção será feita entre eles, seja a que título for. Se, entre os netos, um deles foi havido fora do casamento ou era adotivo, terá direito de suceder em pé de igualdade com os outros. Também não tem importância, nesse caso em que todos os descendentes em condições de suceder são netos, quem eram seus pais. Considere que *Irene* faleceu com duas filhas, sendo que uma delas (*Juliana*) lhe dera um neto (*Luiz*), e a outra (*Maria*), dois (*Nair* e *Orlando*). Para simplificar, não há outros familiares sucessíveis. Nesse caso, sendo três os netos, será de um terço a quota hereditária de cada um dos descendentes de segundo grau. Isso, reforço, se *Juliana* e *Maria*, as duas filhas da autora da herança, já estavam mortas ao abrir-se a sucessão de *Irene*. Se uma delas vivia, a destinação dos bens deixados pelo falecido seguirá regra diversa, pertinente ao direito de representação (subitem 3.1).

O mesmo critério segue-se pelos demais graus. Se o defunto deixou apenas bisnetos (todos os filhos e netos eram pré-mortos), a cada um desses descendentes de terceiro grau será destinada uma parte igual da herança. Se são dez bisnetos, $1/10$ para cada um; se vinte, $1/20$ etc.

Entre os descendentes, sucedem primeiro os de grau mais próximo (filhos) e, na falta deles, os dos graus subsequentes (netos, bisnetos etc.). Cada um herda, dentro do mesmo grau, por cabeça. Isso significa que a parte da herança destinada aos descendentes será distribuída entre os do grau chamado a suceder, em porções idênticas.

Os descendentes concorrem com o cônjuge ou o companheiro do falecido, conforme as regras já examinadas anteriormente (item 2). Em decorrência, se o falecido era casado ou vivia em união estável, os descendentes não terão direito à totalidade da herança, porque uma parte dela será destinada à pessoa com quem o seu autor mantinha relação de conjugalidade.

3.1. Direito de representação

O descendente, a partir do segundo grau, pode herdar por direito próprio ou por representação, variando substancialmente o cômputo de sua quota hereditária em cada caso.

Ele herda por direito próprio quando chamado para suceder o falecido o grau de descendência a que pertence. Assim, se os bens estão sendo transmitidos aos descendentes de primeiro grau do autor da herança, quem é filho herda por direito próprio.

Mas, numa circunstância, o descendente herda por representação. Nela, é convocado a exercer os direitos sucessórios que seu ascendente exerceria, caso estivesse vivo ao tempo da abertura da sucessão (CC, art. 1.851).

O direito de representação só existe na linha reta descendente (CC, art. 1.852), isto é, apenas filhos podem

representar pais, ou netos representar os avós etc. Na linha reta ascendente, não há direito de representação, no sentido de que o pai nunca representa o filho. Na colateral, também não há direito de representação no sentido de que ninguém pode representar um irmão pré-morto. A lei menciona como única hipótese admissível de representação, na sucessão por colaterais, a dos filhos de irmão do falecido, representando o pai pré-morto, se concorrem com outros irmãos do falecido (art. 1.853) (item 5).

Sempre que o representado for chamado a suceder, e estando vivo ao tempo da abertura da sucessão, seu direito sucessório se transmitirá ao representante. É essa a implicação do direito de representação.

Desse modo, no exemplo acima do falecimento de *Irene*, e *Juliana* já estivesse morta, o seu filho *Luiz* a representaria. Nesse caso, então, metade da herança seria destinada para *Luiz* e a outra metade, para *Maria*. No mesmo exemplo, se *Maria* já fosse falecida, ao tempo da abertura da sucessão, ela seria representada por seus filhos, *Nair* e *Orlando*. Agora, metade da herança caberia a *Juliana*, um quarto para *Nair* e um quarto para *Orlando*.

O representante herda, a título de representação, a mesma quota hereditária que o representado herdaria, se estivesse vivo na abertura da sucessão (CC, art. 1.854). Havendo dois ou mais representantes, divide-se por igual a quota do representado entre eles (art. 1.855). Em decorrência,

pode variar o tamanho da quota hereditária do descendente, dependendo do título da sucessão. Ao herdar exercendo direito próprio, o descendente pode receber *mais* ou *menos* do que receberia, se herdasse por representação. No mesmo exemplo, *Nair* e *Orlando*, ao sucederem *Irene* por direito próprio (isto aconteceu quando tanto *Juliana* como *Maria* eram pré-mortas), receberam um terço da herança cada um. No entanto, ao sucederem por representação (quando *Juliana* era viva, e *Maria* pré-morta), suas quotas reduziram-se a um quarto para cada. *Luiz*, por sua vez, quando sucedeu por direito próprio, também mereceu um terço da herança. Mas a participação dele aumentou para a metade, quando sucedeu representando a mãe já falecida, *Juliana*.

Fica, agora, fácil de entender o ditado da lei: “Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau” (CC, art. 1.835). Se todos os descendentes são filhos do falecido, a cada um será destinada uma porção idêntica da herança. Eles herdam *por cabeça*: se são três filhos, um terço para cada um; se quatro, um quarto, e assim por diante. Quer dizer, os filhos, descendentes de primeiro grau, sempre são herdeiros por direito próprio. Já os outros descendentes (netos, bisnetos etc.) podem herdar por cabeça, exercendo direito próprio tal como os filhos do autor da herança, ou *por estirpe*. Herdam por cabeça quando estão todos os descendentes no mesmo

grau: só foram chamados a suceder netos, ou só bisnetos etc. Sucedem, por outro lado, por estirpe, quando estão sendo convocados descendentes de graus diferentes, caso em que os em grau mais remoto exercem o direito sucessório por representação. Nessa última hipótese, os bens são destinados a sucessores que, em geral, são tios (filhos do autor da herança) e sobrinhos (netos do autor da herança) uns dos outros.

Os descendentes, a partir do segundo grau, podem herdar por direito próprio ou por representação. No primeiro caso, cada descendente sucede por cabeça, recebendo quinhão igual aos dos demais do seu grau. No segundo, sucede por estirpe, e recebe a quota hereditária que o representado herdaria, se vivo fosse, ou uma parte dela, quando houver mais descendentes representando o mesmo ascendente pré-morto.

Nos casos de exclusão da sucessão, por indignidade ou deserdação, o excluído é tratado como se morto fosse. Isso significa que os descendentes dele o representarão, herdando a quota que lhe teria sido destinada, não fosse a indignidade ou deserdação. Mas no caso de renúncia, lembrando, descabe a representação. Os sucessores do renunciante não têm nenhum direito sucessório a exercer, nem próprio, nem como representante.

Por fim, enuncia a lei que “o renunciante à herança de uma pessoa poderá representá-la na sucessão de outra” (CC, art. 1.856). Desse modo, se o filho renuncia à herança do pai, não está impedido de representá-lo quando do falecimento do avô. No exemplo acima, se *Luiz* renunciou à herança deixada por *Juliana*, a renúncia não o exclui da sucessão de *Irene*, da qual participa representando a mãe pré-morta.

3.2. Embriões e material genético crioconservados

Têm capacidade para suceder, além dos nascidos, também os *concebidos* à data da abertura da sucessão (CC, art. 1.798). A lei não distingue, no tocante à concepção, se ela é natural (proveniente de relações sexuais) ou artificial (fecundação *in vitro* ou inseminação). Desse modo, não há como discriminar as hipóteses. Tanto a pessoa que, na data do falecimento do autor da herança, já se encontrava concebida naturalmente como a que se concebera por processo de fertilização assistida têm capacidade para

suceder.

No tocante à concepção artificial, é necessário atentar para duas diferentes situações.

Primeira, quando morreu o autor da herança, já existia, mantido sob crioconservação, o embrião concebido com o material genético fornecido por ele. Sendo essa a hipótese, ainda que transcorra muito tempo, vindo esse embrião a ser implantado num útero, o nascimento com vida do ser assim gerado lhe conferirá capacidade sucessória. Poderá, por meio da ação de petição de herança, demandar os demais sucessores para receber sua parte. Terá muito tempo para isso, porque essa ação prescreve em dez anos após a maioridade do seu titular, ou seja, até ele completar 28 anos.

Lembro, a propósito, que a fecundação assistida *post mortem* só gera o vínculo de filiação sendo homóloga, quer dizer, quando o microgameta de que proveio o embrião tiver sido fornecido por quem era casado ou mantinha união estável com a fornecedora do macrogameta (CC, art. 1.597, III e IV). O útero em que esse ser será gerado não precisa ser necessariamente o da fornecedora do óvulo. Ela, aliás, pode estar bastante velha, ou até mesmo morta, na época em que se fizer o implante do embrião em ambiente uterino. Nada disso interfere com os direitos sucessórios da pessoa assim concebida e gerada, relativamente à sucessão dos contratantes do serviço médico de fertilização assistida e fornecedores do material genético.

Se o embrião já existia na data da abertura da sucessão, mesmo que estivesse crioconservado, o ser dele resultante terá capacidade sucessória se um dia vier a ser implantado num útero e, depois da gestação, nascer com vida. Esse ser terá até os 28 anos para exercer contra os demais sucessores seu direito à petição de herança.

Segunda, na data da abertura da sucessão, ainda não há embrião, mas simplesmente gametas crioconservados, provenientes do autor da herança. São espermatozoides do

homem falecido ou óvulos da mulher falecida, que se encontram armazenados. Esse material genético pode vir a ser empregado na concepção de uma nova pessoa. Ela, porém, não terá nenhum direito sucessório relativamente ao patrimônio do fornecedor do gameta crioconservado, porque não estava ainda concebida ao tempo de seu falecimento.

4. OS ASCENDENTES COMO SUCESSORES

Na segunda classe da vocação hereditária, concorrendo com o cônjuge ou companheiro do falecido, encontram-se os ascendentes deste. Eles são chamados a suceder, no caso de não ter o falecido deixado descendentes.

A preferência dos descendentes sobre os ascendentes, por vezes, é explicada em função do valor embutido no primado *amor primum descendit, deinde ascendit*, que cultivou o direito romano: o amor aos descendentes, diz-se, supera o devotado aos ascendentes (Monteiro, 2003:89). Independe, contudo, da questão afetiva; é inegavelmente mais racional, sob o ponto de vista econômico, que os descendentes tenham preferência sobre os ascendentes. Como a tendência é a de filhos de uma pessoa morrerem depois dos pais dela, a inversão da preferência acarretaria menor aproveitamento dos bens objeto de sucessão. A cada duas gerações, uma tenderia a herdar dos ascendentes e a outra, dos descendentes, num mecanismo que estimularia a imobilidade e dispersão de riquezas. O mais conveniente,

para a economia, é que a herança seja atribuída a quem, na data da abertura da sucessão, tem maior perspectiva de vida. Os recursos assim destinados tendem a ser mais bem aproveitados, em benefício da sociedade, porque seus titulares terão mais motivação e meios para mobilizá-los de forma produtiva. Os mais velhos, além de terem menos energia que os mais jovens, já deram sua parcela de contribuição e merecem sossego; tendem a ter, de um modo ou de outro, menos interesse em se envolver em novas empreitadas econômicas.

Por essa razão, os ascendentes só herdam quando o autor da herança não deixa descendentes.

Entre os ascendentes, a preferência também decorre da proximidade do grau, mas os critérios são diversos dos aplicados em relação aos filhos e netos. Na linha reta ascendente, o grau mais próximo exclui o mais remoto sempre, sem distinção de linhas (CC, art. 1.836, *caput*). Quer dizer, se um dos ascendentes de primeiro grau já estava morto, mas não o outro, este último herda a totalidade da herança destinada aos ascendentes. Mesmo que na linha do ascendente de primeiro grau pré-morto estivesse vivo algum outro ascendente, não lhe seria destinado nada da herança.

Desse modo, se o falecido, ao morrer, tinha como únicos familiares sucessíveis vivos o pai e os avós maternos, a totalidade de sua herança vai para o antecedente de primeiro grau. Assim é, também por conta da racionalidade

econômica que indica ser mais conveniente atribuir a herança a quem, na data da abertura da sucessão, tem maior perspectiva de vida. Os ascendentes de grau mais remoto, mesmo que não integrem a mesma linha dos de grau mais próximo, não são chamados a suceder.

Havendo, porém, identidade de grau e diversidade de linha, esta será considerada, para se atribuir aos da linha paterna metade da herança destinada aos ascendentes, e aos da materna, a outra metade (CC, art. 1.836, § 2º). Suponha que o falecido deixou vivos, como parentes sucessíveis, apenas o seu avô paterno e os dois avós maternos. Nesse caso, a herança será destinada metade ao avô paterno, um quarto ao avô materno e um quarto à avó materna.

Entre os ascendentes, os em grau mais próximos excluem sempre os em grau mais remoto, não existindo representação, nem tendo importância, nesse caso, a linha de ascendência.

Quando são idênticos os graus, mas diversas as linhas, metade da porção hereditária a repartir entre os ascendentes é destinada à linha paterna, e a outra metade à materna.

Na concorrência com os ascendentes, o cônjuge pode titular direito a um terço da herança (quando vivos pai e mãe do falecido) ou à metade (se vive um deles somente ou

nenhum dos dois).

Desse modo, quando a pessoa sem descendente deixa, ao passar, cônjuge, pai e mãe vivos, cada um destes familiares sucessíveis herdará um terço da herança. Se deixa cônjuge e pai, destina-se metade a cada um. A mesma destinação se faz quando os familiares sucessíveis são o cônjuge e a mãe do falecido. Quando nem pai nem mãe viviam ao tempo da abertura da sucessão, o cônjuge fica com metade da herança e a outra metade é destinada aos ascendentes de segundo grau, observando-se a linha na repartição dessa quota (em havendo identidade de grau). Quer dizer, se a concorrência se estabelece entre o cônjuge, o avô materno e os dois avós paternos do falecido, metade da herança será destinada ao primeiro, um quarto ao segundo e um oitavo a cada um dos dois outros herdeiros.

5. OS COLATERAIS COMO SUCESSORES

Quando o falecido não tiver herdeiros necessários (descendentes, ascendentes ou cônjuge), seus bens serão destinados aos colaterais até o quarto grau (CC, art. 1.839).

Relembrando, na linha colateral, os graus de parentesco contam-se por geração subindo até o ascendente comum e, depois, descendo até onde se quer chegar (CC, art. 1.594).

Desse modo, dois irmãos são colaterais em segundo grau (uma geração separa um deles do pai ou mãe de ambos, e mais uma separa estes do outro irmão). Tio e sobrinhos

são colaterais em terceiro grau (uma geração até o pai, que é o avô do sobrinho, e mais duas daquele a este). Tio-avô e sobrinho-neto são colaterais em quarto grau (uma geração até o pai, que é o bisavô do sobrinho-neto, mais três daquele a este), assim como os primos-irmãos (duas gerações para cima até os avós comuns e mais duas desses para baixo). Para ser sucessor, o colateral deve ter com o falecido uma dessas relações de parentesco. Os primos mais distantes e os parentes de parentes colaterais, ainda que provenham de um tronco comum, não fazem parte da ordem de vocação hereditária.

Entre os colaterais sucessíveis, também têm preferência os de grau mais próximo (CC, art. 1.840). Assim, tios, sobrinhos e primos não são chamados, se todos os irmãos do falecido estavam vivos na data da abertura da sucessão. Se os únicos parentes vivos do autor da herança são um sobrinho e um sobrinho-neto, sendo este filho daquele, então será chamado a suceder apenas o primeiro, em vista da maior proximidade de grau.

Na sucessão por parente colateral, só há uma hipótese de representação. Diz respeito à de irmão do falecido pelo respectivo filho (CC, arts. 1.840, *in fine*, e 1.853). Assim, se o morto tinha dois irmãos, mas apenas um deles ainda estava vivo na abertura da sucessão, o outro será representado por sua descendência, isto é, pelos sobrinhos do autor da herança. Nos demais casos, todos os colaterais herdam

exercendo direito próprio, isto é, por cabeça e não por estirpe. Se os herdeiros do falecido são um primo e dois sobrinhos-netos, cada um deles terá direito a um terço da herança, independentemente das linhas a que pertencem, ou de quem sejam seus pais ou avós.

Concorrendo na sucessão irmãos bilaterais e unilaterais, estes últimos têm direito a quota hereditária correspondente à metade da destinada aos primeiros (CC, art. 1.841). Os irmãos bilaterais são os que têm o mesmo pai *e* mãe; os unilaterais os que têm o mesmo pai *ou* mãe. Se alguém falece deixando como únicos familiares sucessíveis três irmãos, sendo um deles bilateral e os outros dois unilaterais, caberá ao primeiro metade da herança e a cada um dos demais, um quarto. Claro, se houver somente irmãos unilaterais concorrendo, a porção deles será igual, pouco importando a linha a que pertencem (art. 1.842).

Na quarta classe da vocação hereditária, considerou a lei os parentes colaterais até o quarto grau: irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós e primos-irmãos do falecido.

Morrendo alguém sem cônjuge, descendente, ascendente ou irmãos, os sobrinhos serão os herdeiros. Se os pais deles eram todos irmãos bilaterais ou unilaterais do falecido, a cada sobrinho será destinada uma porção igual da herança. Quer dizer, se eram cinco, cada um herda um quinto. Mas se, entre os pais dos herdeiros, havia irmãos bilaterais e unilaterais do falecido, os sobrinhos filhos dos unilaterais herdarão a metade da quota atribuída aos sobrinhos descendentes dos bilaterais (CC, art. 1.843, §§ 1º a 3º). Ou seja, se eram cinco os sobrinhos, três deles filhos de irmãos bilaterais do falecido e dois de unilaterais, os primeiros herdam um quarto da herança cada um, ao passo que a cada um desses últimos destina-se um oitavo.

Os tios do falecido só são chamados a sucedê-lo quando não houver sobrinhos (CC, art. 1.843, *in fine*). Uma vez mais, a lei atribui a herança a quem tem maior perspectiva de vida, atendendo à alternativa de melhor racionalidade econômica. Em outros termos, não há concorrência entre tios e sobrinhos. Havendo um único sobrinho sucessor, ser-lhe-á deferida a totalidade da herança, mesmo que estejam vivos também vários tios do falecido, ou primos. Se concorrem à herança somente tios, não titulam direito de representação os descendentes de algum tio pré-morto do falecido. Simplesmente consideram-se quais eram os tios vivos na data da abertura da sucessão e se destina a cada um deles a parte correspondente da herança. É irrelevante, em tal destinação, a linha a que pertence cada tio sucessor.

Antes do Código Beviláqua, o direito sucessório era atribuído aos colaterais até o décimo grau (o filho de primo de mesmo tataravô do falecido era herdeiro). Em 1916, limitou-se aos de sexto grau, e, em 1946, aos de quarto. A tendência, no trato dessa matéria, parece ser a de restringir ainda mais a vocação hereditária dos parentes transversais, de modo que, no futuro, só titule direito sucessório o colateral com direito a alimentos, ou seja, os irmãos (Monteiro, 2003:101).

SUCCESSÂ TESTAMENT

1. DIREITO DE TESTAR

A ordem jurídica reconhece, dentro de certos limites, o direito de a pessoa física definir, por sua própria vontade, a destinação de seus bens após a morte. É o direito de testar, atribuído a todas as pessoas capazes (CC, art. 1.857) e aos relativamente incapazes (art. 1.860, parágrafo único) que, no momento do ato, gozem de pleno discernimento.

O testamento é um ato personalíssimo. Isso significa que ninguém pode testar por procurador ou tendo sua vontade fortemente influenciada por outra pessoa. Admitese, apenas, que o testador possa ser auxiliado, no

aclaramento de sua vontade e compreensão dos respectivos efeitos, por alguém de sua confiança ou um advogado.

Da circunstância de ser o testamento ato personalíssimo decorre também a sua alterabilidade e revogabilidade, a qualquer tempo, pelo testador. A pessoa pode mudar, quantas vezes quiser, sua vontade relativamente à destinação dos bens após a morte, como também simplesmente desistir de interferir no assunto, prevalecendo sempre a última disposição manifestada em vida (subitem 2.4).

Exige-se, para a validade da declaração mortuária, que o testador esteja em seu pleno discernimento, isto é, no domínio das faculdades mentais. Não basta ser capaz, para validamente dispor sobre a destinação *post mortem* dos próprios bens; é indispensável que, ademais, não esteja o testador sem consciente controle de sua vontade (CC, art. 1.860). Subtrai a capacidade específica do testador qualquer fator que implique ausência de entendimento ou vontade, como, por exemplo, enfermidade, obnubilação passageira da mente, embriaguez, torpor em razão de medicamento ou entorpecente, hipnose (Pereira, 1974:137).

Interessa, na aferição da capacidade do testador, levar em conta sua condição mental no momento em que faz a declaração, nada interessando se antes ou depois o estado era diverso. Assim, se o testador é incapaz para o ato, este não vale ainda que posteriormente aquele venha a se tornar

capaz; do mesmo modo, se ao testar era capaz, não invalida o testamento a superveniência de incapacidade. Se alguém testou com 15 anos, o ato é inválido, ainda que o testador viva mais 80 sem nunca revogar o testamento ou fazer outro. Da mesma forma, se testou enquanto estava plenamente lúcido, o fato de vir, anos após, a enlouquecer não invalida o ato (art. 1.861).

A validade do testamento pode ser questionada em razão de dois fundamentos: incapacidade do testador, no momento da declaração, ou inobservância de forma ou formalidade legal (item 2). Decai o direito de pleitear a invalidação do testamento em cinco anos, após seu registro. Ademais, o testamento pode ser ineficaz se o testador dispôs sobre parte indisponível de seu patrimônio, vale dizer, insuscetível de ser destinada pelo titular.

O direito de dispor sobre os próprios bens depois da morte é reconhecido a toda pessoa capaz e aos relativamente incapazes, desde que se encontrem em pleno discernimento.

1.1. Herdeiros necessários

Quem tem herdeiros necessários não pode dispor senão sobre a metade de seus bens. Essa é a única limitação do direito de testar, que a lei se preocupou em reforçar em mais de um dispositivo (CC, arts. 1.789, 1.846, 1.857, § 1º, e 1.967).

Desse modo, o patrimônio do testador com herdeiros necessários divide-se em parte *disponível* e *indisponível*, equivalendo cada uma à metade. A parte indisponível, chamada também de *legítima*, não pode ser objeto de testamento. Será ineficaz, no todo ou em parte, a disposição mortuária que alcançar a parte indisponível do patrimônio do testador.

Quando o testador não tem herdeiros necessários, todo o seu patrimônio é disponível e terá a destinação que ele desejar, desde que expressa em testamento.

Da parte disponível o testador é inteiramente livre para decidir acerca da destinação que terão, com seu passamento, os bens que tinha. Pode transmiti-los a quem não seja herdeiro, como um amigo, uma fundação, parente distante. Pode também testá-los para quem já é herdeiro, com o objetivo de lhe destinar porção maior de seus bens. Nesse caso, o beneficiado pelo testamento participa da sucessão com dois títulos, o de herdeiro legítimo e o de sucessor testamentário (herdeiro ou legatário). Pode ser privilegiado, por esse meio, inclusive o herdeiro necessário, que não perde, em razão da qualidade de testamentário, seu direito à legítima (CC, art. 1.849). Mesmo que isso implique um enorme desequilíbrio entre os familiares sucessíveis da mesma classe ou de classe anterior, se a porção dada a mais ao testamentário proveio da parte disponível do patrimônio do testador, não há fundamentos para questionar a validade ou eficácia do testamento.

São herdeiros necessários listados na lei o cônjuge, ascendentes e descendentes (CC, art. 1.845). Assim, está limitada no seu direito de testar a pessoa casada ou que tenha descendência ou ascendência viva. Só pode dispor da totalidade de seus bens quem não tiver cônjuge, filhos, netos, pais, avós etc. Os que não possuem senão parentes

colaterais vivos não encontram limites em seu direito de testar. Se quiser afastá-los da sucessão, basta dispor do seu patrimônio sem os contemplar (CC, art. 1.850).

A respeito da classificação do cônjuge como herdeiro necessário, inovação trazida ao direito positivo brasileiro pelo Código Reale, cabem duas observações. *Primeira*, o art. 1.845 deve ser interpretado em consonância com o art. 1.830. Este último estabelece que o cônjuge só é sucessor quando, na data da abertura da sucessão, estava convivendo com o defunto ou dele separado de fato há menos de dois anos; ou quando não tinha sido o culpado pela ruptura da convivência conjugal. Essas condições também são indispensáveis para que o cônjuge seja considerado herdeiro necessário. Claro, porque desatendido o art. 1.830, nem mesmo sucessor o cônjuge pode ser considerado, quanto mais herdeiro necessário. Desse modo, o separado de fato há mais de dois anos, que não tiver sido o único culpado pela separação, não terá herdeiros necessários, ainda que ostente o estado civil de casado, se lhe faltar também descendência e ascendência. *Segunda*, em vista da isonomia constitucional da família matrimonial e da constituída por união estável, também o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, limitando-se igualmente o direito de testar. A classificação do companheiro como herdeiro necessário, contudo, está longe de granjear a aceitação da maioria da doutrina.

Para o cálculo da legítima, interessa considerar o valor dos bens ao tempo da abertura da sucessão (CC, art. 1.847). Pouco importa se, quando foi feito o testamento, os bens destinados aos testamentários correspondiam a mais ou a menos da metade do patrimônio do testador. O que interessa é a situação patrimonial no momento de sua morte, que pode, claro, ter-se alterado muito desde a data do testamento.

O cômputo da legítima toma por base o valor do acervo líquido, vale dizer, com desconto das dívidas deixadas pelo *de cuius* e acréscimo do correspondente aos bens conferidos em antecipação de legítima e sujeitos à colação (Cap. 65, item 2). Desse modo, se o falecido tinha, na abertura da sucessão, patrimônio de \$ 1.000, havia doado, para um dos filhos, bens avaliados, também nessa oportunidade, em \$ 200, e devia a credores, em valores atualizados, o equivalente a \$ 300, então a legítima nesse caso corresponde a \$ 450, isto é, metade do acervo líquido ($\$ 1.000 + \$ 200 - \$ 300 = \$ 900$; $\$ 900 \div 2 = \$ 450$). Se o bem testado, pelo valor ao tempo da abertura da sucessão, encaixa-se na parte disponível do testador, a legítima foi respeitada, ainda que, na oportunidade do testamento, a ultrapassasse.

Quem tem descendente, ascendente ou cônjuge (ou, segundo parte da doutrina, companheiro) não pode testar senão a metade de seus bens. A outra metade, designada de legítima, corresponde à parte indisponível do patrimônio do testador.

Os bens da legítima, portanto, não podem ser destinados, por disposição de última vontade do testador, a quem não seja seu herdeiro necessário. Isso não significa, contudo, que o testador nada possa dispor, em testamento, acerca deles. Na verdade, ele tem o direito de os partilhar entre os herdeiros necessários, desde que respeite as quotas hereditárias, definindo o bem a ser destinado a cada sucessor (CC, art. 2.014). E pode, também, gravar os bens da

legítima com a cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (art. 1.848). Para tanto, contudo, deve externar as razões pelas quais está fazendo o gravame, indicando, por exemplo, que considera o cônjuge da filha um perdulário ou receia que a mãe perca na mesa de jogo o que receber de herança. Se o motivo alegado não tiver fundamento e se mostrar mera vingança do testador, o juiz pode liberar o bem do gravame. Também é cabível, havendo justa causa, a autorização judicial para a alienação dos bens gravados, com sub-rogação do ônus naqueles em que se converter o produto da venda (art. 1.848, § 2º).

1.2. Sucessores testamentários

Qualquer pessoa, física ou jurídica, em princípio, pode ser nomeada testamentária, não se exigindo que seja capaz. Os menores e os incapazes, assim como as fundações por organizar, podem ser testamentários. Aliás, como já visto, até mesmo quem ainda não foi concebido está legitimado também a receber bens do testador, se a concepção ocorrer nos dois anos seguintes ao falecimento deste e vier a nascer com vida (CC, arts. 1.799, I, e 1.800).

Algumas pessoas, contudo, pela participação que tiveram na elaboração da cédula mortuária, ficam impedidas de receber bens em decorrência dela. Aquele que, a rogo do testador, escreveu o testamento, por exemplo, não pode ser

contemplado por nenhuma deusa. Igualmente o cônjuge ou companheiro, ascendentes e irmãos da pessoa incumbida de escrever a carta de últimas vontades não têm legitimidade para suceder o testador como testamentário (CC, art. 1.801, I). A razão da vedação é fácil de perceber. O testador, se pediu a alguém para escrever a seu rogo o testamento, provavelmente tinha dificuldades insuperáveis para fazê-lo por si mesmo. Podia ser que fosse analfabeto, por exemplo. Nesse caso, o que escreve a carta mortuária a rogo poderia faltar à confiança nele depositada e beneficiar-se, ou a familiar seu, com uma deusa não querida pelo testador.

Por razão semelhante, o tabelião, civil ou militar, o comandante e o escrivão que colheu a manifestação de vontade do testador ou aprovou o testamento ficam igualmente excluídos da possibilidade de o sucederem como testamentários (CC, art. 1.801, IV). Se eventualmente pudessem ser beneficiados pela disposição de última vontade, faltar-lhes-ia independência suficiente para a prática dos atos que, por lei, lhes competem.

Também as testemunhas do ato estão impedidas de receber por testamento (CC, art. 1.801, II). Embora a participação delas não seja tão crucial como a de quem redige a disposição de última vontade, ou a aprova, as testemunhas poderão ser chamadas a juízo para relatar as circunstâncias em que o testador praticou o ato — dependendo da modalidade de testamento, elas serão

chamadas inevitavelmente. Ora, para que possam depor livre e desinteressadamente, convém que não sejam beneficiárias de nenhuma deixa.

Além dessas pessoas, que, de um modo ou de outro, participam da confecção do testamento, também não pode ser nomeado herdeiro ou legatário o concubino do testador casado — a menos que o testador estivesse separado de fato do cônjuge, sem culpa sua, há mais de cinco anos (CC, art. 1.801, III). Note que o sentido para a expressão “concubino”, nesse dispositivo, só pode ser o decorrente do art. 1.727 do CC, isto é, a pessoa com quem o testador mantinha relações não eventuais, se havia impedimento para o casamento deles.

Qualquer disposição testamentária feita em favor dessas pessoas não legitimadas a receber herança ou legado por testamento é nula; assim como são nulos os negócios indiretos (feitos com o mesmo objetivo), o contrato oneroso simulado (compra e venda destinada apenas a acobertar uma doação) e a interposição (testar em favor de ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro do impedido). Apenas a deixa feita em favor do filho do concubino, que o seja também do testador, é válida (CC, arts. 1.802 e 1.803).

Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser, em princípio, nomeada da herdeira ou legatária em testamento.

Estão, porém, impedidas de ser testamentárias as pessoas que participam do ato de testar, como, por exemplo, as testemunhas, escrivão ou quem escreveu o testamento a rogo do testador.

Também não pode ser testamentário o concubino do testador casado, a menos que separado de fato há cinco anos ou mais.

Quem institui um menor seu herdeiro testamentário tem a faculdade de designar um curador de confiança para administrar os bens deixados (CC, art. 1.733, § 2º). Pode ocorrer de o testador não confiar nos titulares do poder familiar (pai ou mãe) ou mesmo no tutor do menor a quem pretende beneficiar com o testamento. Por considerá-los perdulários ou desonestos, pode recear que seus bens não sejam adequadamente administrados, entre sua morte e a maioridade do testamentário, trazendo a este prejuízos.

2. O TESTAMENTO

O testamento é negócio jurídico solene, unilateral e não receptício, pelo qual o declarante manifesta a vontade acerca da destinação de seus bens após a morte, podendo também dispor sobre alguns temas desprovidos de caráter patrimonial.

Em razão da classificação como negócio solene, o testamento só é válido quando observadas estritamente as regras atinentes à forma e formalidades de sua elaboração. Essas regras variam, de acordo com a espécie de testamento (subitem 2.1). Por ser unilateral e não receptício, o testamento não depende, para a sua constituição, de outra vontade a não ser a do testador. A vontade do testamentário não precisa com ela convergir, para que o negócio jurídico exista validamente. Tampouco é indispensável seu

conhecimento do ato praticado. Se ocorrer de o beneficiado pela deixa testamentária a recusar, compromete-se a plena eficácia do testamento, que continua, não obstante, existente e válido.

No testamento, em geral, o testador cuida exclusivamente de questões patrimoniais, definindo a destinação que pretende seja dada, após sua morte, aos bens. Secundariamente, o testamento pode ser o veículo de outras disposições de vontade, de caráter não patrimonial, como, por exemplo, a destinação do corpo para fins científicos ou altruísticos (CC, art. 14), reconhecimento de filhos (art. 1.609, III), escolha de tutor (art. 1.634, IV) e reabilitação de sucessor indigno (art. 1.818).

Testamento é negócio jurídico solene, unilateral e não receptício. Assim, só vale se observadas as formas e formalidades legais, e independe, para se constituir, da convergência da vontade do testamentário ou da ciência deste.

O testamento é sempre o ato isolado do testador. Na Alemanha, admite-se que os cônjuges testem em conjunto (Velooso, 2004:125), mas na generalidade dos países de cultura jurídica enraizada no direito romano, a pessoa só pode dispor para depois de sua morte por meio de instrumento no qual é a única testadora. A proibição é decorrência da imoralidade dos contratos sobre herança de pessoa viva. A conjugalidade confere ao testamento a natureza de um contrato. A lei, então, proíbe o testamento conjuntivo (ou *em mão comum*), em suas três modalidades:

simultâneo (em que os testadores dispõem, no mesmo ato, em favor de um mesmo beneficiário), *recíproco* (em que os testadores nomeiam, um ao outro, como testamentário, ficando os bens do que falecer primeiro ao sobrevivente) ou *correspectivo* (em que cada testador faz suas deixas em contrapartida às do outro) (CC, art. 1.863).

2.1. Espécies de testamento

As formas e formalidades do testamento correspondem a matéria jurídica de extrema importância. Negócio jurídico solene, terá a validade irremediavelmente comprometida ao menor descuido do testador e demais participantes do ato. Os objetivos desse rigorismo extremado são os de conferir o maior grau de segurança possível à vontade do testador — já que, no momento de sua execução, não terá mais como esclarecê-la — e chamar-lhe a atenção para a importância do negócio jurídico que está praticando.

A lei classifica as formas do testamento em ordinárias e especiais. As ordinárias compreendem o testamento público, o cerrado e o particular; as especiais, o testamento marítimo, aeronáutico e militar. A relação é exaustiva, já que não se admitem outros testamentos a não ser esses (CC, art. 1.887). As formas e formalidades variam de acordo com a espécie.

As formas ordinárias de testamento estão à disposição das pessoas em geral, que não se encontram em situações que dificultem a manifestação da última vontade. Já as

formas especiais se destinam a atender os testadores surpreendidos em local que os impossibilita de formalizar seu testamento de modo ordinário. Tanto assim que o testamento especial não terá eficácia se, uma vez superada a circunstância que dificultava a elaboração do ordinário, não se preocupou o testador em providenciá-lo.

Testamento público. Este é a espécie mais utilizada de testamento. O testador comparece a um Cartório de Notas e faz suas declarações perante o tabelião, ou seu substituto legal. O serviço notarial é da livre escolha do interessado, independentemente da localização dos bens a testar ou de seu domicílio (Lei n. 8.935/94, art. 8º). O tabelião assenta a declaração feita no livro de notas e lavra o instrumento, que, em seguida, lerá em voz alta ao testador, na presença de duas testemunhas. Se o testador preferir ler o instrumento diretamente, dispensa-se a leitura em voz alta pelo tabelião. A leitura pelo testador, contudo, deve ser assistida pelas testemunhas e pelo oficial. Finalmente, o testador, as testemunhas e o tabelião devem assinar o instrumento (CC, art. 1.864).

Se o testador não souber ou não puder assinar, essa circunstância será declarada no instrumento pelo tabelião, ou seu substituto legal, e uma das testemunhas assinará o testamento a rogo do testador (CC, art. 1.865). Se o testador for inteiramente surdo, lerá o instrumento, a menos que seja também analfabeto, hipótese em que designará alguém de

sua confiança para o ler por ele, na presença das testemunhas (art. 1.866). O cego só pode testar por testamento público, cuja leitura será feita em voz alta por duas vezes, sendo uma delas pelo tabelião e a outra por pessoa de sua designação, mencionando-se o fato no instrumento (art. 1.867).

Testamento cerrado (ou fechado). Nessa espécie, o testador redige o testamento de próprio punho, ou por meio de outra pessoa, a seu rogo, e o assina. Se preferir confeccioná-lo por processo mecânico (datilografia ou processamento por microcomputador), poderá fazê-lo, desde que autentique todas as folhas com sua rubrica ou assinatura. Em seguida, leva o documento pessoalmente ao Cartório de Notas, para submetê-lo à aprovação do tabelião. A entrega do testamento ao tabelião deve ser feita na presença de duas testemunhas, oportunidade em que o testador declarará que aquele documento contém suas disposições de última vontade e que deseja sua aprovação. Diante disso, o tabelião deve lavrar o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, lendo-o em seguida em voz alta. O auto de aprovação é redigido no instrumento apresentado ao tabelião, imediatamente em seguida à última palavra escrita pelo testador. Assinado o auto de aprovação pelos presentes, o tabelião passa, de imediato, a cerrar e coser o instrumento aprovado. Isto mesmo, ele dobra as folhas do testamento (ou as envelope) e as costura.

Aprovado e cerrado, o testamento é entregue ao testador, devendo o tabelião lançar, em seu livro de notas, o dia, mês e ano em que ocorreu a aprovação e entrega do instrumento (CC, art. 1.874). Ao contrário do testamento público, o conteúdo do cerrado somente será conhecido após o falecimento do testador. Quem não quer que o conteúdo de seu testamento seja de conhecimento geral, por temer a reação adversa dos familiares preteridos ou mesmo o desleixo dos lembrados, deve obrigatoriamente se valer dessa espécie de testamento.

Só pode utilizar o testamento cerrado a pessoa alfabetizada (CC, art. 1.872), admitindo-se que o faça em qualquer língua, e não somente em português (art. 1.871). O surdo-mudo pode fazer testamento cerrado, mas ao entregar o documento ao tabelião, como não pode declarar em voz alta que nele se contém sua disposição de última vontade cuja aprovação requer, deve escrever essa declaração, de próprio punho, na face externa do papel ou envelope (art. 1.873).

Testamento particular. O testamento particular é escrito pelo testador, de próprio punho ou por processo mecânico. Em seguida, ele deve ser lido por ele, na presença de pelo menos três testemunhas. Após a morte do testador, é feito o registro do testamento em juízo, com a citação dos herdeiros legítimos e ouvidas as testemunhas (CC, arts. 1.876 e 1.877). Qualquer língua, nacional ou estrangeira, pode ser

empregada na redação do testamento particular (art. 1.880).

Excepcionalmente, o juiz poderá conferir validade ao testamento particular cujo instrumento não conta com a assinatura de testemunhas. Imagine que alguém já havia contratado advogado para auxiliá-lo na celebração de testamento público, ao qual já transmitira suas intenções, mas, estando sozinho, começou a se sentir mal. Redige, então, às pressas o testamento e vem, de fato, a morrer em seguida, sem que ninguém testemunhasse a elaboração do documento. São situações como estas que configuram a hipótese excepcional em que o juiz está autorizado a validar o papel assim assinado como sendo testamento particular válido (CC, art. 1.879).

Testamento marítimo. Se o testador está em viagem marítima em embarcação nacional, poderá testar na presença do comandante e duas testemunhas. O testamento, que deverá atender aos requisitos do público ou do cerrado, será registrado no diário de bordo e ficará em poder do comandante. No primeiro porto nacional a que chegar, deverá entregá-lo às autoridades administrativas (CC, arts. 1.888 e 1.890). Não é admissível a adoção dessa espécie de testamento, se o navio se encontrava em porto onde o testador pudesse desembarcar para testar por uma das maneiras ordinárias (art. 1.892).

Se o testador não morrer durante a viagem, nem nos noventa dias seguintes ao desembarque em terra, caduca o

testamento. Considera-se que, nesse caso, por não ter aproveitado a oportunidade de formalizar sua disposição de última vontade por meio de testamento ordinário, o testador não deseja mais que prevaleça o contido no documento lavrado na embarcação (CC, art. 1.891).

Testamento aeronáutico. À semelhança do marítimo, o testamento aeronáutico é feito por quem se encontra em viagem. Aqui, o meio de transporte não é o navio, mas o avião, militar ou comercial (CC, art. 1.889). O comandante pode designar alguém (tripulante ou passageiro) para ouvir a declaração de última vontade, já que não pode se desconcentrar de suas tarefas na condução do aparelho. Também caduca o testamento se o testador não morrer na viagem e sobreviver ainda por mais noventa dias, sem se interessar em ratificar seus termos por uma das formas ordinárias.

Os testamentos podem ser de forma ordinária ou especial.

São de forma ordinária: o testamento público, o cerrado e o particular; e de forma especial: o marítimo, o aeronáutico e o militar.

Testamento militar. Destina-se esta espécie aos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas, quando se encontrem em campanha, dentro ou fora do Brasil. Se o testador souber e puder assinar, sua declaração mortuária deve ser feita na presença de duas testemunhas; caso contrário, na de três, devendo uma delas assinar o documento a rogo do testador (CC, art. 1.893). Se estiver empenhada em combate ou ferida, poderá testar oralmente, na presença de duas testemunhas, mas o testamento assim feito não terá nenhum efeito se o declarante não morrer na guerra ou curar-se do ferimento (art. 1.896 e parágrafo único).

Se o oficial ou auditor a quem o testamento é entregue apuser nota, em qualquer lugar do documento, com a indicação do lugar, dia, mês e ano da apresentação, assinando-a e colhendo a assinatura das testemunhas, o testamento militar terá a mesma eficácia dos ordinários. Se não se cumprir essa formalidade, caducará o testamento se o testador vier a permanecer, por pelo menos noventa dias seguidos, em lugar em que possa testar de forma ordinária (CC, art. 1.895).

2.2. Codicilos

Codicilos são instrumentos de disposição de última vontade referente a assuntos de menor repercussão econômica. Quando a pessoa deseja fixar instruções sobre seu enterro, destinar esmolas ou legar bens móveis, roupas ou joias de pouco valor, não é necessário que o faça por testamento. Basta que escreva suas instruções em documento, datado e assinado, para testar acerca desses assuntos (CC, art. 1.881). Uma cláusula de codicilo pode ser revogada também por codicilo, isto é, independentemente das formalidades do testamento. Este também revogará o codicilo se for posterior e contiver disposição incompatível com as instruções anteriormente dadas (art. 1.884). Se o testador quiser deixar em segredo, enquanto viver, as instruções feitas em codicilo, poderá lacrá-lo. Nesse caso, ele deve ser aberto em juízo do mesmo modo que o

testamento cerrado (art. 1.885).

2.3. Execução do testamento

É condição para a execução do testamento o seu registro em juízo, após a morte do testador. A medida pode ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do testamenteiro — de quem falo mais à frente — ou de outro interessado, como o herdeiro, inventariante ou credor (CC, art. 1.979). O registro faz-se por meio de procedimento de jurisdição voluntária, cujo objetivo é a conferência, pelo Poder Judiciário, do atendimento dos requisitos formais do ato. Outra finalidade do registro é o de deflagrar o prazo decadencial para a sua invalidação (art. 1.859).

Quando cerrado o testamento, o registro também visa tornar conhecida a disposição de última vontade do testador, até então recoberta pelo sigilo que ele entendeu conveniente conferir-lhe. O juiz, ao receber o testamento cerrado e verificar que está intacto, procede à sua abertura e manda que o escrivão o leia na presença de quem o levou, lavrando-se em seguida o termo correspondente. Ouvido o representante do Ministério Público, o juiz determinará o registro e cumprimento do testamento, a menos que haja vício externo ou indício de nulidade ou falsidade (CPC, arts. 1.125 e 1.126). Se o testamento cerrado for aberto sem a observância dessas formalidades, ele perde a validade e eficácia (a menos, óbvio, que o rompimento da costura tenha

ocorrido *contra* a vontade do testador por quem tinha o objetivo de frustrar a execução de suas disposições).

O registro do testamento público é o mais singelo, porque se limita a conferir se o instrumento atende, no plano formal, aos requisitos da lei. Pouca ou nenhuma dificuldade surge nessa conferência. Sendo particular o testamento, o juiz deve ouvir as testemunhas, para que confirmem, na sua presença, a assinatura lançada no instrumento, assim como a do testador. Pelo menos uma das testemunhas deve estar viva ao tempo do registro e em condições para reconhecer a própria assinatura e a do testador, para que o juiz determine o cumprimento do testamento (CC, art. 1.878 e parágrafo único). Se todas estiverem mortas ou ausentes, apenas em condições excepcionais poderá o juiz confirmar o instrumento que lhe for exibido (art. 1.879).

Os testamentos de forma especial que não puderem ser ratificados pelo testador por forma ordinária devem ser registrados como os particulares. As testemunhas serão intimadas a comparecer em juízo para reconhecimento de suas firmas e da do testador. Se o testamento é militar e tiver sido oral, não haverá, por óbvio, instrumento a ser registrado, mas o juiz tomará a oitiva das duas testemunhas que presenciaram a declaração do morto em combate. Convencido da veracidade do depoimento, determinará que se cumpra a disposição de última vontade do caído pela Pátria.

Registrado o testamento, será intimado o testamenteiro a aceitar a testamentaria. Se o testador não o houver nomeado ou se a pessoa por ele escolhida não puder ou não quiser assumir o encargo, o juiz designará testamenteiro dativo (CPC, art. 1.127), incumbindo, então, a testamentaria ao cônjuge supérstite e, em sua falta, a qualquer herdeiro, legítimo ou testamentário (CC, art. 1.984). Depois da assinatura do termo de testamentaria pelo investido na função de testamenteiro, cópia do testamento registrado é trasladada para os autos do inventário, se já estiver tramitando.

O testamenteiro é a pessoa encarregada de dar cumprimento à disposição de última vontade contida no testamento a que serve. No mais das vezes, ele é escolhido pelo próprio testador, que indicará o seu nome no testamento. A substituição de testamenteiro pode ser feita por codicilo, ainda que a nomeação tenha se dado em testamento (CC, art. 1.883).

Ao testamenteiro incumbe, de modo geral, zelar para que a vontade do testador seja respeitada e que da execução do testamento resulte exatamente o pretendido pelo autor da sucessão. Ele tem a obrigação não só de defender a validade do testamento, se e quando questionada (CC, art. 1.981), como também a de cumprir as disposições testamentárias no prazo assinalado pelo testador, ou, em caso de omissão, nos cento e oitenta dias seguintes à aceitação da testamentaria

ou na prorrogação concedida pelo juiz (arts. 1.980 e 1.983). Deverá dar conta, enfim, de atribuições especificamente conferidas pelo testador, como transmitir certa notícia a um familiar sobrevivente, procurar reunir determinadas pessoas para assistirem à exibição de um filme gravado pelo autor do testamento etc. (art. 1.982).

A posse e administração dos bens da herança podem ser da responsabilidade do testamenteiro, se assim tiver determinado o testador sem herdeiro necessário (CC, art. 1.977). Se toda a herança tiver sido distribuída pelo testador em legados, o testamenteiro será também o inventariante (art. 1.990), a menos que haja herdeiros necessários (Leite, 2005:709).

O registro em juízo do testamento é condição para a sua válida execução, que incumbe ao testamenteiro nomeado pelo testador ou dado pelo juiz.

Se o testamenteiro não for herdeiro nem legatário, terá direito ao recebimento de um *prêmio* em contrapartida às funções que lhe foram cometidas (chamado também de *vintena*). O valor do prêmio será fixado pelo testador. Em caso de omissão, o juiz o determinará entre 1 e 5% da herança líquida (CC, art. 1.987). Havendo herdeiros necessários, o prêmio será pago com a parte disponível da herança, e sobre o seu valor apenas incidirá o percentual correspondente (Diniz, 2005, 6:287). O objetivo da restrição é proteger a legítima, que poderia ser facilmente fraudada por meio da atribuição de elevado prêmio a quem, se querendo por testamentário, foi nomeado testamenteiro.

2.4. Revogação e rompimento do testamento

O testamento é um ato personalíssimo e pode ser alterado, no todo ou em parte, a qualquer momento, pelo testador. Ninguém titula nenhum direito sucessório por ter sido uma vez nomeado testamentário, se o testador posteriormente mudou de opinião e resolveu dar destino diverso a seus bens. Qualquer cláusula de um testamento pode ser revogada pelo testador, exceto aquela em que se declarar pai de alguém. O reconhecimento de paternidade é irrevogável e prevalece produzindo seus efeitos, mesmo sendo revogado o testamento em que se abrigara (CC, art. 1.610). À exceção do reconhecimento de paternidade, portanto, qualquer outra disposição de vontade, de

conteúdo patrimonial (por exemplo, tornar inalienável bem da legítima) ou extrapatrimonial (nomeação de tutor), pode ser revista, alterada, aprimorada, limitada, estendida, desfeita, suprimida etc.

A revogação compreende não só o ato de completa alteração da disposição de última vontade contida no testamento anterior, como simples mudanças pontuais. Em geral, para que não restem dúvidas acerca de sua exata vontade, quando não estiver mais aqui para esclarecê-la, o testador tem todo o interesse em refazer o testamento, a cada vez que resolve modificá-lo, por menor que seja a mudança pretendida. Desse modo, facilita-se a compreensão de sua última vontade, por estar ela toda contida no testamento de data mais recente.

De qualquer modo, se o testador não fizer nenhuma referência expressa da vontade de alterar, total ou parcialmente, os testamentos anteriores, consideram-se vigentes as disposições neles contidas que não sejam incompatíveis com os posteriores (CC, art. 1.970 e parágrafo único). Para que continuem valendo e tendo eficácia essas disposições, o testador não precisa repeti-las ou ratificá-las expressamente no novo testamento, bastando que sejam conciliáveis com as previstas neste documento. Suponha que uma pessoa sem herdeiros necessários tinha uma casa e uma fazenda e que, por seu primeiro testamento, deixou a casa ao filho de um amigo. Se, posteriormente, essa pessoa

faz outro testamento, apenas legando a fazenda a uma prima distante, ele não revoga o anterior, porque são compatíveis. Claro está, por outro lado, que se o testador, na segunda carta mortuária, consigna a vontade de deixar a casa a essa prima, opera-se a revogação do testamento anterior, mesmo não havendo cláusula expressa nesse sentido.

A revogação do testamento veicula-se por qualquer uma das formas pelas quais o ato pode ser praticado (CC, art. 1.969). Um testamento público pode ser revogado por um cerrado, ou vice-versa. Para ter o efeito revogatório, contudo, o documento deve ser elaborado com a forma e formalidades da lei. Caso contrário, será inválido e, portanto, não terá o efeito desconstitutivo pretendido pelo testador. Existe uma só exceção a essa regra, em que é admissível a revogação de um testamento sem a elaboração de novo. Trata-se da inutilização do testamento cerrado. Se o próprio testador abre os lacres ou rasga o documento, ou ainda se consente que alguém o faça, então se considera que a vontade dele era a de revogar o testamento cerrado (CC, art. 1.972).

A invalidação da revogação pode estar relacionada à capacidade do testador de externar sua livre vontade, a obediência à forma e formalidades do testamento revogador ou a vício de consentimento. Se o testador não estava na plenitude de seu discernimento ao declarar a revogação da disposição anterior, fora coagido a revogar ou se o fez por

forma inadequada ou sem atendimento às formalidades exigidas pela lei, a revogação não acontece. Continua a prevalecer o último dos testamentos outorgados enquanto estava lúcido, livre e declarou a vontade de modo formalmente impecável. Qualquer outra causa que torne inválido ou ineficaz o testamento revogador não será suficiente para suprimir seus efeitos revogatórios. Em outros termos, se o testamentário indicado nele não era capaz para receber a deixa (servira, por exemplo, de testemunha no ato), a revogação remanesce íntegra; se o novo beneficiado renunciar à herança ou legado que o testador lhe destinara, nem por isso revigora-se o testamento anterior; se ocorrer qualquer outra hipótese de caducidade da nova disposição mortuária, ela não terá o efeito de repriminar o testamento anterior. Nessas situações, privilegia-se o atendimento à vontade do testador. Mesmo tendo caducado o testamento revogador, havia nele expressa a vontade de mudar a disposição mortuária pretérita, não havendo motivos para desprezá-la. É o que prevê a lei: “A revogação produzirá seus efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a caducar, por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado; não valerá, se o testamento revogatório for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos” (CC, art. 1.971).

O testador tem sempre a faculdade de revogar, no todo ou em parte, o testamento anteriormente outorgado, desde que o faça atendendo às formas e formalidades da lei.

Apenas o reconhecimento de paternidade feito em testamento é insuscetível de revogação.

Difere-se a revogação do *rompimento* do testamento: aquela decorre da vontade expressa do testador e este, diretamente da lei. O rompimento se verifica com a superveniência de descendência ou em razão do desconhecimento da existência de herdeiros necessários (CC, arts. 1.973 e 1.974). Revogação e rompimento têm os mesmos efeitos desconstitutivos da disposição de vontade

outorgada pelo testador.

O testador sem descendentes, nem outros herdeiros necessários, provavelmente teria disposto sobre a destinação de seus bens de modo diverso se a situação fosse outra. Eventualmente, até mesmo não teria se preocupado em fazer testamento, já que, morrendo, seus bens seriam destinados a familiares próximos. Atenta a essa circunstância, a lei determina o rompimento do testamento quando feito por quem não tinha descendência, mas veio posteriormente a ter; assim como por quem desconhecia a existência de herdeiros necessários.

Imagine que o testador desconhecia que era o genitor de um rapaz. Engravidara, na juventude, uma moça que preferiu nunca lhe contar sobre o filho. Não tinha outros herdeiros necessários e, por isso, testou a totalidade de seus bens para uma instituição de caridade. Morreu sem saber que havia feito descendência. Esse rapaz pode, provando a relação biológica de filiação, ingressar com a petição de herança, na qual será declarado o rompimento do testamento. Ainda nesse caso, a lei está preocupada com o atendimento estrito à vontade do testador. Presume que ele não deixaria ao desamparo o filho, se soubesse de sua existência.

Veja que não é condição do rompimento do testamento o desconhecimento, pelo testador, da existência do descendente. Em relação aos demais herdeiros necessários

(ascendentes e cônjuge ou companheiro), o desconhecimento é requisito para que se rompa a carta mortuária. Quer dizer, o testador, quando testou, considerava que seu pai desaparecido num acidente no mar há alguns anos já estaria morto, ignorando que ainda vivia; ou que a esposa ausente não mais vivesse, em razão de notícias recebidas nesse sentido. Em relação à descendência, contudo, pode ocorrer o rompimento ainda que o testador, em vida, soubesse dela. É o caso de quem, ao testar, não tinha filhos, mas vem a tê-los, algum tempo depois. Ainda não providenciou a revogação do testamento ou até mesmo dele se esqueceu. A superveniência de descendente, antes ou depois da morte do testador, leva sempre ao rompimento do testamento. Se o testador ainda quiser beneficiar o testamentário, após a vinda da descendência até então inexistente, deve renovar a declaração em nova cédula mortuária.

Rompe-se o testamento, desconstituindo-se seus efeitos, quando sobrevém ao testador descendência ou se existiam herdeiros necessários que ele desconhecia.

O art. 1.975 do CC é regra despicienda. Ao afirmar que não se rompe o testamento quando o testador *sabia* da existência dos herdeiros necessários, afirma o óbvio, já que o rompimento tem por pressuposto a inexistência de descendentes (ao tempo do testamento) ou o desconhecimento da existência de herdeiros necessários. Se eles existem e o testador, ao testar, sabe disso, não é mesmo caso de rompimento. Como acentuado pela tecnologia civilista, o dispositivo apenas auxilia a discriminar as hipóteses de rompimento do testamento ou redução da disposição testamentária. Se os herdeiros necessários eram desconhecidos do testador, rompe-se o testamento; se conhecidos, reduz-se eventual excesso à parte disponível da

herança (Veloso, 2003:385/386).

3. DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

No capítulo sobre as “disposições testamentárias”, o Código Civil disciplina dois temas de direito das sucessões. De um lado, dedica-se com afínco às normas destinadas à interpretação da última vontade do defunto (subitem 3.1); de outro, trata das condições de validade das cláusulas contidas no testamento (subitem 3.2). Também nesse capítulo, o Código entendeu oportuno tratar de assunto não exclusivo da sucessão testamentária, que transcende as fronteiras do direito das sucessões para alcançar também o contratual e o real. Refiro-me às limitações-encargos ao direito de propriedade, isto é, das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, que podem ser instituídas não só por testamento como por contratos gratuitos (CC, art. 1.911 e parágrafo único). Delas tratei anteriormente, razão pela qual não são aqui mencionadas (Cap. 43, subitem 3.2).

3.1. Interpretação do testamento

Cuidou o legislador de esmiuçar as normas de interpretação dos testamentos porque se trata de negócio jurídico unilateral cuja execução pressupõe a morte do declarante. Não haverá, portanto, como se buscar a real intenção do sujeito de direito, quando se procurar dar

cumprimento à vontade dele. Classifico, para fins didáticos, as regras de interpretação da lei em três categorias.

Regras gerais de interpretação. A mais importante regra de interpretação do testamento está abrigada no art. 1.899 do CC e estabelece que, em caso de divergência, prevalecerá aquela que melhor assegure a observância da vontade do testador. Desse modo, comportando qualquer cláusula do testamento mais de uma interpretação, o juiz deve procurar entender qual teria sido a vontade do testador. Para tanto pode-se valer dos mesmos métodos de interpretação da lei, tais como o lógico e o sistemático; mas qualquer outro dado psicológico, informação relevante ou fato da vida do testador, que possibilite crer que sua vontade teria sido diversa, deverá servir de elemento preponderante na interpretação do testamento. Quer dizer, se, interpretado o documento de forma lógica, chegar-se a resultado inteiramente incompatível com traços de caráter do testador, o dever de busca da verdadeira vontade deste cumpre-se privilegiando a interpretação compatível com as características pessoais do declarante e não com o raciocínio lógico.

Regras referentes à pessoa do testamentário. O herdeiro ou legatário a quem o testador pretende beneficiar deve ser nomeado pelo testamento de forma precisa, de modo que não gere dúvidas em relação à sua identidade. Não se exige a qualificação civil do testamentário, embora

mencioná-la seja uma maneira segura de identificá-lo. Admite-se a referência apenas ao prenome do beneficiário, desde que acompanhado de informações outras que assegurem a identificação — por exemplo, “meu filho *Antonio*” (se só um dos filhos chama-se assim) ou “os pais do meu esposo *Benedito*” etc. Em geral, não é válida, como se verá, a disposição testamentária em favor de pessoa incerta, cuja identidade não se pode averiguar.

O erro na designação da pessoa do herdeiro ou legatário importa a invalidação da deixa. Se o testador pretendia beneficiar alguém, mas se enganou ao identificá-lo, indicando pessoa não existente ou que pode ser mais de uma, não há como emprestar à declaração qualquer validade. Contudo, todo esforço deve ser feito para que a vontade do morto se concretize. Assim, o contexto do testamento, outros documentos ou fatos inequívocos podem servir à identificação do testamentário que o testador tinha em mente ajudar (CC, art. 1.903).

Se feita disposição genericamente em favor dos “pobres”, dos “estabelecimentos particulares de caridade” ou os “de assistência pública”, considera-se que o testador pretendeu beneficiar os de seu último domicílio, salvo se tiver indicado expressamente localidade diversa (CC, art. 1.902). Se o testamento não especificar a quem pretende beneficiar, entre os estabelecimentos particulares ou públicos, aqueles terão preferência sobre estes (parágrafo

único).

Regras referentes à quota testada ou ao legado.

Espera-se que o testamento seja claro e indubitável na menção da deixa, isto é, na identificação da quota hereditária ou do legado que o testador pretende seja transmitido, com sua morte, respectivamente ao herdeiro ou legatário nomeado.

Em relação à quota hereditária, se o testador tiver nomeado dois ou mais herdeiros, sem especificar a parte cabível a cada um, a partilha será feita entre eles de modo igual (CC, art. 1.904). Se testou 30% de sua herança a dois sobrinhos, sem discriminar as quotas, cada um terá direito a 15%.

Se a nomeação de alguns dos herdeiros tiver sido feita individualmente e de outros, de forma coletiva, estes últimos serão considerados um grupo, com direito a quota igual à dos primeiros (CC, art. 1.905). Se o testamento destina toda a parte disponível a *Carlos, Darcy* e aos filhos de *Evaristo*, os dois primeiros ficam com um terço cada e os últimos dividem o terço restante.

Tendo sido destinados quinhões para alguns dos herdeiros, mas não para todos, o que remanescer da parte disponível depois da destinação das quotas especificadas será dividido igualmente entre os não aquinhoados com percentual específico (CC, art. 1.907). Desse modo, constando do testamento a nomeação como herdeiros de

Fabício, Germano e Hebe, mas com a especificação apenas da quota do primeiro, fixada em 40% da parte disponível, os últimos ficam com 30% cada.

Caso a soma das quotas hereditárias dos testamentários não absorva toda a parte disponível da herança, entende-se que sobre o remanescente não quis o testador dispor. Pertence, então, aos herdeiros legítimos a quota não destinada aos testamentários (CC, art. 1.906).

O testamento deve identificar com clareza a pessoa do sucessor testamentário, bem como sua quota hereditária ou legado. Não tendo sido claro o testador, normas legais de interpretação do documento auxiliam na observância de sua última vontade.

Quanto ao legado, também invalida a disposição testamentária o erro na sua identificação, desde que não existam outros elementos (contexto do testamento, outro documento ou fato inequívoco) que permitam sua correção (CC, art. 1.903). Imagine que o testamento mencione como legado simplesmente “meu apartamento”, quando o testador, ao morrer, deixara mais de um. Em princípio, a cláusula é inválida, não tendo o legatário direito a qualquer um dos imóveis do falecido. Mas se provar que, na data do testamento, o testador já era dono somente de um dos apartamentos deixados, então será possível determinar-se o legado.

Se o testador identificar o legado, mas dele excluir expressamente um ou alguns objetos, evidentemente o legatário não terá direito a eles (CC, art. 1.908). Ao legar uma casa, o testador pode ressaltar que as obras de arte nela existentes não compõem o legado. Essas obras de arte, se não tiverem sido legadas a outro testamentário, serão destinadas aos herdeiros do testador.

3.2. Validade das cláusulas testamentárias

São duas questões diferentes a validade do testamento e a de suas cláusulas. Para ser válido, o testamento deve ser feito por pessoa capaz, que se encontre em seu pleno

discernimento, e observar as formas e formalidades legais. Atendidos esses requisitos — o primeiro subjetivo e o segundo, objetivo —, o testamento é válido enquanto negócio jurídico. Contudo, um testamento válido pode conter cláusulas inválidas, isto é, de conteúdo contrário ao direito positivo. O testador era capaz, estava no seu pleno discernimento e foram observadas a forma e formalidades da lei, mas em uma ou mais cláusulas, ou até mesmo nelas todas, ao dispor sobre seus bens ou matéria extrapatrimonial, externou vontade incompatível com as prescrições da ordem jurídica.

Assim como o testamento válido pode abrigar disposições inválidas, o inverso também se verifica. Um testamento inválido pode ter cláusulas válidas e plenamente eficazes, quando a invalidade decorrer de desatendimento de forma ou formalidade. A nomeação de tutor, por exemplo, pode ser veiculada por qualquer instrumento autêntico, e não só por testamento (CC, art. 1.729, parágrafo único). Se marido e mulher, num único instrumento, nomeiam tutor para seus filhos, dando instruções sobre a administração de alguns bens, a declaração não pode ser considerada a de um testamento válido, ainda que tenha sido este o nome dado ao documento. A nomeação do tutor, porém, remanesce inteiramente válida, porque poderia ter sido feita mesmo sem a observância da forma e formalidades do ato testamentário. Também o reconhecimento de paternidade, feito por meio de

testamento inválido, tem inteira validade e eficácia. Já cláusulas como a de reabilitação do indigno ou deserdação têm sua validade comprometida sempre que inválido for o testamento, porque só por este negócio jurídico podem ser veiculadas.

Veja que o testamento só pode ser invalidado no caso de incapacidade do testador, carência de discernimento pleno ou inobservância de forma ou formalidade. Quando o testador teve, ao testar, a vontade deturpada por erro, dolo ou coação, o testamento será válido, na medida em que preenchidos esses requisitos. Já a disposição testamentária maculada por qualquer um desses vícios será anulável. A distinção é relevante, porque variam os prazos de decadência do direito de pleitear a invalidação do testamento ou da disposição testamentária. Enquanto no primeiro caso ele é de cinco anos contados do registro (CC, art. 1.859), no último é de quatro anos, a partir do conhecimento do vício (art. 1.909 e parágrafo único).

Quando o testamento é inválido, todas as suas disposições também serão, exceto as que podiam ser veiculadas por outro tipo de instrumento, como a nomeação de tutor e o reconhecimento de paternidade.

Por outro lado, o testamento pode ser válido, mas conter disposições inválidas, porque viciadas por erro, dolo ou coação ou por contrariar o direito positivo.

Afora a hipótese de vício de consentimento, por erro, dolo ou coação, a lei invalida as seguintes disposições

testamentárias: a) delimitação, no tempo, do direito hereditário objeto de testamento, considerando-se não escrita qualquer cláusula que especifique termo inicial ou final (o testador só pode fixá-los para o caso de legados), salvo no caso de substituição fideicomissária (subitem 5.2) (CC, art. 1.898); b) nomeação de herdeiro ou legatário, sujeita à condição de que o nomeado também faça testamento em favor do testador ou de terceiro (considera-se imoral essa atitude captatória, que, a rigor, corresponde a negócio sobre herança de pessoa viva) (art. 1.900, I); c) favorecimento de pessoa incerta, a ser determinada por terceiro (art. 1.900, III), a menos que o testador indique duas ou mais para alguém por ele designado escolher como testamentário (art. 1.901, I); d) atribuição ao próprio legatário, ou a terceiro, do direito de especificar o legado (art. 1.900, IV), exceto no caso de remuneração por serviços prestados ao testador, em razão da moléstia da qual faleceu, cujo valor poderá ser arbitrado por herdeiro ou outra pessoa (art. 1.901, II); e) nomeação como testamentário de pessoa impedida, como quem testemunhou o ato ou o concubino de testador casado (art. 1.901, V).

4. LEGADOS

Respeitados os direitos de herdeiros necessários, se houver, o testador pode destinar ao sucessor testamentário todo o seu patrimônio, uma quota deste ou bens singulares.

Nos dois primeiros casos, o testamentário é herdeiro e participa, juntamente com os demais, do condomínio hereditário instituído pela abertura da sucessão, enquanto não ultimada a partilha. No último caso, ele é legatário. Terá a propriedade dos bens legados, desde a morte do testador, mas não a sua posse (CC, art. 1.923). O legado continuará na posse do espólio, para que se verifique se a sua destinação ao testamentário não prejudica os direitos de herdeiros necessários ou credores. Constatada a inexistência de prejuízos dessa ordem, os herdeiros entregam a coisa legada ao legatário.

Percebe-se, portanto, que o testamentário a quem se atribui um legado não é condômino da herança. Sua posição, na verdade, é a de *credor* de uma obrigação de fazer imposta pelo testador aos seus herdeiros. Uma obrigação que, por estar condicionada à compatibilidade com os direitos de herdeiros necessários e credores, não pode ser cumprida tão logo aberta a sucessão. O pagamento do legado, em suma, é feito no transcorrer do inventário.

Se não houver herdeiros, o cumprimento do legado cabe aos legatários, na proporção do que recebem na sucessão, salvo se o testador houver atribuído a incumbência ao testamenteiro ou a outra pessoa de sua escolha (CC, art. 1.934).

Não é devido o pagamento do legado enquanto as partes litigam sobre a validade do testamento, se pende

condição ou ainda não venceu o termo inicial fixado pelo testador (CC, art. 1.924). Desse modo, se a validade da cédula mortuária é questionada judicialmente, o espólio só estará em mora se, uma vez julgado válido o legado, deixar de entregá-lo após o fim da ação. Igualmente não há mora se o legatário deve cumprir um encargo para que surja o direito sucessório (por exemplo, formar-se em curso superior até certa idade, transigir numa demanda contra familiar do testador etc.), enquanto não o fizer; ou se certa condição ainda não ocorreu. Finalmente, enquanto não transcorrer o prazo fixado, pelo testamento, como termo inicial do direito ao legado, igualmente não estará em mora o espólio.

O legado, em geral, alcança bem que, na data da abertura da sucessão, era da propriedade do testador (a exceção diz respeito ao legado de coisa alheia — subitem 4.2). Se o objeto do legado existira, mas se perdera, é impossível sua entrega; se havia sido alienado, não pode mais ser entregue porque, nesse caso, ocorreria transmissão *a non domino*. Se o proprietário de uma casa, por meio de testamento, deixou-a por legado a um sobrinho, mas, no ano seguinte, precisando de dinheiro para custear seu tratamento de saúde, precisou vendê-la, é ineficaz essa disposição de última vontade. Os herdeiros não têm como entregar ao legatário um bem que não mais integra a herança, mas o patrimônio alheio. Se o bem, na abertura da sucessão, pertencia apenas em parte ao testador, a ineficácia será parcial. Se aquele proprietário

necessitado vendera a metade ideal da casa ao irmão, remanesce eficaz o legado feito ao sobrinho relativamente à outra metade.

Em geral, o legado consiste no direito sucessório singular sobre coisa de propriedade do testador. O espólio é obrigado a entregá-la ao legatário, a menos que isso implique prejuízo aos direitos dos herdeiros necessários ou de credores.

Correm por conta exclusiva do legatário todos os riscos sobre o legado, a partir da abertura da sucessão. Como é dele já a propriedade da coisa desde então, vindo a perecer ou se deteriorar, cabe-lhe suportar as consequências. Também são do legatário as despesas com o pagamento do

legado. Apenas estará livre dos riscos e despesas se o testamento expressamente estipular nesse sentido (CC, art. 1.936). Note-se, porém, que a propriedade do legatário é resolúvel. Se o pagamento do legado prejudicar a legítima ou privar o espólio de recursos para o atendimento a direito de credor, o legatário terá o direito de propriedade resolvido. Nesse caso, não será responsável pelos riscos da coisa, nem por despesas a ela correspondente, tendo o direito ao ressarcimento daquelas em que incorreu, na expectativa de vir a adquiri-la.

4.1. Regras sobre determinadas hipóteses de legado

Legado de coisa incerta. O legado, a rigor, define-se por exclusão, como o direito sucessório não universal (isto é, não referente a patrimônio, ou quota dele). Na maioria das vezes, recai sobre coisa certa, mas isso não significa a impossibilidade de se destinar ao legatário coisa incerta, definida apenas pelo gênero, qualidade e quantidade. O testador pode deixar ao testamentário cem cabeças de gado nelore, por exemplo. Apesar da deixa de coisa incerta, será a transmissão singular, também nesse caso, e, portanto, legado.

No legado de coisa incerta, mesmo que ela não se encontre no patrimônio do testador, ao tempo de sua morte, os herdeiros terão a obrigação de entregá-la ao legatário. Com recursos da herança, devem adquirir a coisa no

mercado para transmiti-la ao testamentário. Quando o legado diz respeito a coisa certa, se ela não existe mais (ou não chegou a existir, nunca existiu) no patrimônio do testador, dá-se, como visto, a ineficácia da disposição de última vontade. Mas como o gênero não perece, uma vez legada coisa incerta, o legatário terá direito de recebê-la, mesmo que o testador não a tivesse em seu patrimônio (CC, art. 1.915).

A concentração — isto é, a individualização da coisa a ser entregue ao legatário (Cap. 14, subitem 2.4) — caberá ao herdeiro, que é o devedor da obrigação. Ele não poderá escolher, contudo, a pior, nem estará obrigado a entregar a melhor, devendo guardar o meio-termo (CC, arts. 244 e 1.929). Esses mesmos critérios devem ser utilizados pelo juiz ou terceiro, a quem couber proceder à concentração (art. 1.930). Se o testador expressamente atribuiu ao testamentário o direito de escolha, ele poderá exigir a coisa melhor *dentre as contidas na herança* (art. 1.931). Não tendo o autor da sucessão deixado, em seu patrimônio, nenhuma coisa das indicadas pelo gênero, qualidade e quantidade no legado, o legatário terá que se contentar com a mediana.

Se o herdeiro ou legatário a quem couber o direito de escolha falecer antes da concentração, seus sucessores passam a titularizá-lo (CC, art. 1.933).

Legado alternativo. Querendo o testador legar a alguém uma de duas ou mais coisas certas, a concentração será direito do legatário (CC, art. 1.932). Não se confunde com o

legado de coisa incerta, porque, no alternativo, os bens estão sempre determinados, individuados. Consistindo, por exemplo, a deixa num apartamento ou numa casa do patrimônio do testador, o legatário escolherá qual dos imóveis quer receber. É uma presunção legal, que não se aplica se o próprio testador tiver atribuído o direito de escolha aos herdeiros ou a terceiro. Perecendo uma das coisas legadas alternativamente, subsiste o direito quanto à outra e, se for o caso, à parte preservada da perda (art. 1.940).

No legado alternativo também se transmite aos herdeiros o direito de escolha não exercido em vida pelo legatário.

Legado de coisa a ser retirada em determinado lugar. Se o testador destinou ao testamentário uma coisa certa, mencionando em testamento que ela se encontrava num determinado lugar, será ineficaz a deixa se, após a morte do testador, ela não mais estiver lá. Imagine que o testamento legava a uma pessoa todo o dinheiro de um cofre bancário, chegando até mesmo a estimar-lhe o valor. Se, aberto o cofre, não se encontra nele guardado nenhum dinheiro, o legado não será eficaz (CC, art. 1.917).

A norma de ineficácia, porém, não incide se a remoção do bem legado tiver sido transitória. Se o testador legou todo o mobiliário de uma casa ao testamentário, mas, na data da abertura da sucessão, ele não se encontrava no imóvel

porque estavam sendo realizadas reformas no local, em função das quais a mobília havia sido guardada num depósito, a transitoriedade da remoção confere eficácia ao legado. O legatário tem direito à mobília. O que interessa aferir, nesse caso, é o ânimo do testador ao remover o bem do local indicado no testamento. Se o fez com ânimo definitivo, revogou o legado; se provisório, manteve a vontade de beneficiar o legatário (Rodrigues, 2003, 7:203/205).

Legado de crédito. O testador pode destinar ao legatário um crédito por ele titularizado perante terceiros. Neste caso, os herdeiros devem transferir ao testamentário os títulos de dívida correspondentes (CC, art. 1.918, § 1º). Se os créditos legados estavam documentados em contratos, os instrumentos contratuais devem ser entregues ao testamentário. Documentados os créditos em nota promissória, letra de câmbio ou outros títulos cambiais, a entrega da cártula deve também ser feita, mas se o testador não a houvera endossado em vida, o legatário não terá acesso à execução (por força do princípio da literalidade dos direitos cambiários). Para haver seu crédito, nesse caso, o legatário deverá mover contra o devedor do título a ação de conhecimento, provando o seu direito com a exibição do título de crédito e do testamento.

A eficácia do legado de crédito limita-se ao direito creditório do testador, titulado na data da abertura da

sucessão. Se o devedor já havia pago parte da obrigação, o legatário só terá direito ao crédito correspondente ao saldo em aberto (CC, art. 1.918).

Legado de quitação de dívida. O legado pode consistir na quitação de dívida do legatário perante o testador. Também a sua eficácia está limitada ao valor da obrigação na época da morte deste (CC, art. 1.918). Se entre a data do testamento e a do falecimento foi paga a dívida, ou parte dela, o legatário não terá direito de reclamar do espólio a restituição do que pagou. As dívidas posteriores ao falecimento também não são alcançadas pelo legado.

Legado em favor de credor. Quando o testador beneficia com legado alguém a quem deve, não se considera que esteja com isso pagando a dívida. Para que tenha o efeito de quitar a obrigação, o legado deve ser deixado sob essa condição expressa. Se o legatário achar que lhe convém, aceita o legado no lugar do pagamento; mas se considerar desinteressante essa alternativa, renuncia ao legado e cobra o espólio. A natureza compensatória do legado, em outros termos, depende de expressa previsão no testamento (CC, art. 1.919). Em sua falta, considera-se que o testador quis beneficiar o testamentário com a deixa, sem prejuízo do pagamento do crédito a que fazia jus.

Legado de alimentos. Se o legado consistia em alimentos, os herdeiros devem prover o legatário do necessário ao sustento, saúde, vestuário e moradia deste,

durante toda sua vida, bem como à sua educação, enquanto for menor (CC, art. 1.920). Evidentemente, esse legado não pode ultrapassar as forças da herança, ou, se existirem herdeiros necessários, as da parte disponível dela.

Se os alimentos devem ser pagos periodicamente, os herdeiros são obrigados a entregar o legado no termo inicial do período, a menos que o testador tenha estabelecido de outro modo (CC, art. 1.928, parágrafo único).

Legado de usufruto. Pode o legado atribuir ao legatário não a propriedade de um bem, mas o seu usufruto (Cap. 48, item 3). Nesse caso, o direito real sobre a coisa alheia perdurará por toda a vida do legatário, a menos que o testamento estabeleça outro limite temporal (CC, art. 1.922).

Legado de imóvel. Quem deixa legado de imóvel e, depois, adquire novas áreas contíguas deve esclarecer no testamento se, ao falecer, também as estará destinando ao legatário, ou não. Em caso de omissão, a lei considera que o aumento do bem não está abrangido no legado (CC, art. 1.922). Em relação às benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias, a presunção se inverte: incorporam-se ao legado, a menos que o testador tenha disposto de modo diverso.

Legado de dinheiro. Se o objeto do legado é dinheiro, os juros só vencem a partir da constituição em mora do espólio (CC, art. 1.925). Esta não se verifica, como já acentuado, enquanto se litiga sobre a validade do

testamento, na pendência de condição ou termo. Mas se o dinheiro deve ser entregue ao legatário a título de renda vitalícia ou pensão periódica, considera-se o termo inicial da obrigação a data da morte do testador (art. 1.926), a menos que ele tenha disposto de outra maneira.

Legado em prestações periódicas. Se o legado consistir na entrega periódica de dinheiro ou outra coisa, o período definido pelo testador se inicia com sua morte. O legatário fará jus ao recebimento da prestação no termo final do período, não podendo exigí-la antes. Mas se falecer no transcurso de um período, os herdeiros do testador ficam obrigados a pagá-lo por inteiro aos sucessores do testamentário (CC, arts. 1.927 e 1.928). Assim, se o legado consistia no pagamento de certa quantia de dinheiro a cada ano em favor do legatário, enquanto este viver, os herdeiros do testador estão obrigados ao pagamento no mesmo dia da morte deste que recair nos anos seguintes, até o daquele em que falecer o credor. Essas regras, claro, aplicam-se no caso de o testador não ter estabelecido critério diverso.

Legado com encargo. Se o testador limitar sua liberalidade, sujeitando o legado a encargo, o direito sucessório do legatário depende, para se constituir, do cumprimento deste. Se, por exemplo, fixou que o testamentário deveria parar de fumar ou mudar-se para determinada cidade, enquanto nela residissem seus pais, o legado só será devido na medida em que o encargo se

cumpra. Aos legados com encargo aplicam-se as normas da doação gravada (CC, art. 1.938) (Cap. 32, item 2).

4.2. Legado de coisa alheia

Em geral, o legado consiste em direito sucessório que tem por objeto bem da propriedade do testador. Contempla a lei, contudo, a hipótese em que ele estabelece como legado a entrega ao legatário de um bem da propriedade de herdeiro ou outro legatário. Trata-se de um anacronismo inimaginável, que o direito brasileiro continua a contemplar como se o modelo predominante de organização familiar fosse a tradicional, em que o pai tinha amplos poderes sobre os filhos. Na aplicação das normas sobre legado de coisa alheia, portanto, cabe ao juiz sempre verificar a razoabilidade da disposição testamentária. Se não houver racionalidade econômica na vontade externada pelo defunto, no sentido de assegurar efetiva vantagem para o herdeiro ou legatário ao qual imputou a obrigação de pagar o legado, a disposição deve ser considerada inválida, em vista da forma contemporânea de organização da família.

Ao legar coisa alheia, a rigor, o testador fixa as condições para o exercício dos direitos sucessórios do devedor do legado. Tanto assim que se o obrigado não fizer a entrega, considera-se que renunciou à herança ou legado a que faria jus na condição de herdeiro, legítimo ou testamentário, ou de legatário (CC, art. 1.913). Suponha que

Irene tem um filho, *João*, que é seu único familiar sucessível. Ela possui vasto patrimônio, enquanto *João* é dono de um apartamento, somente. Ao testar, *Irene* dispõe que *João* deve entregar a *Luiz* seu apartamento a título de legado. Nesse caso, *João* tem o seu direito sucessório de herdeiro condicionado ao pagamento do legado em favor de *Luiz*. Se faz esse pagamento, sucede *Irene* na totalidade do patrimônio da mãe; se opta por continuar mantendo o apartamento, renuncia à herança, que se torna, no meu exemplo, jacente.

No caso de o legado consistir na entrega de bem de propriedade de herdeiro, o obrigado a cumpri-lo poderá regredir contra os demais, para que as quotas hereditárias correspondam ao direito sucessório de cada um deles (CC, art. 1.935). Se, no exemplo acima, *Irene* tivesse deixado também um cônjuge, *Marco* (com quem era casada em regime de participação final nos aquestos), na divisão da herança entre ela e *João*, o valor do apartamento entregue a *Luiz* deve ser computado, para que, no final, o obrigado ao legado não fique prejudicado. *João*, em suma, pode cobrar de *Marco* metade do valor do apartamento, já que a quota hereditária dela corresponde a esse percentual.

O testador pode estabelecer que o legado será pago por um de seus sucessores (herdeiro ou legatário), mediante a entrega ao beneficiário da deixa testamentária de bem da propriedade deles, e não do autor da sucessão.

Nesse caso, se o sucessor ao qual foi imputada a obrigação de pagar o legado não o fizer, considera-se que renunciou ao seu direito na sucessão do testador.

No legado de coisa alheia, o devedor não é o espólio, mas o herdeiro ou legatário (ou herdeiros ou legatários) a quem o testador incumbiu de dispor de bem de sua propriedade. Pode se referir a qualquer objeto suscetível de transmissão via legado, como crédito, quitação de dívida, usufruto etc.

4.3. Caducidade do legado

O direito sucessório ao legado não se constitui ou é resolvido nas hipóteses de caducidade. Lista a lei as seguintes: a) a modificação, pelo testador, da coisa legada, a ponto de subtrair-lhe a forma original — por exemplo, se o testamento menciona joias em ouro, mas o testador as derreteu para empregar o material em restaurações dentárias; b) a alienação do bem legado, a qualquer título, no todo ou em parte, limitando-se a caducidade, nesse último caso, à porção alienada; c) por perecimento ou evicção da coisa, ocorrida antes ou depois do falecimento do testador, a menos que a culpa tenha sido do herdeiro obrigado a entregar o legado; d) exclusão do legatário por indignidade; e) falecimento do legatário antes do testador, ressalvada a hipótese de substituição testamentária (CC, art. 1.939).

5. SUBSTITUIÇÕES

A liberdade para alguém dispor sobre seus bens após a morte é bastante larga, no direito brasileiro. Esbarra apenas

em algumas limitações, como o direito à legítima dos herdeiros necessários. Em decorrência da ampla liberdade que titula, o testador pode dispor inclusive sobre a destinação de seus bens para o caso do falecimento do testamentário. Corresponde a essa prerrogativa o instituto das substituições, que pode ser vulgar, recíproca (subitem 5.1) ou fideicomissária (subitem 5.2). Se não for dado substituto ao herdeiro ou legatário nomeado em testamento, a porção correspondente acrescerá à quota de outro sucessor (subitem 5.3).

5.1. Substituição vulgar e recíproca

Na substituição vulgar e recíproca, o testador disciplina a destinação de seus bens no caso de o testamentário vir a falecer *antes* dele.

Relembre-se que estar vivo ao tempo da abertura da sucessão é condição essencial para a titularidade do direito sucessório. Desse modo, se o testamentário falece antes do testador, ele nada recebe e, conseqüentemente, nada transmite aos seus sucessores. A parte a ele destinada em testamento será acrescida à quota hereditária dos demais.

Considere que *Nair*, que tem seu irmão *Orlando* como único familiar sucessível, declara em testamento: “Nomeio meu herdeiro universal *Quirino*”. *Nair* nada dispôs sobre a eventual substituição de *Quirino*. Em ocorrendo de o herdeiro testamentário falecer antes do testador, como não

há substituto nomeado, a herança será toda do legítimo, no caso, *Orlando*. Se *Nair* quisesse evitar essa consequência, poderia indicar como substitutos de *Quirino*, por exemplo, os sucessores dele, mediante cláusula — aliás, bastante comum nos instrumentos testamentários — de substituição redigida como a seguinte: “Nomeio meu herdeiro universal *Quirino* ou, se falecido for, seus sucessores”.

A substituição terá lugar tanto na hipótese de o testamentário não poder aceitar a herança ou legado (porque morreu ou foi declarado indigno) como na de ele renunciar. As duas alternativas induzem à substituição indicada pelo testador, ainda que ele se refira a uma delas somente (CC, art. 1.947, *in fine*). No exemplo acima, malgrado o testamento diga respeito unicamente à pré-morte do testamentário, também os sucessores deste entrarão como seu substituto nas hipóteses de indignidade ou renúncia. Salvo, claro, se a testadora expressamente excluiu uma delas da substituição que pretendia fazer.

A substituição pode ser recíproca, vale dizer, mediante a indicação, pelo testador, de dois ou mais cotestamentários, que se substituem no caso de qualquer um deles não puder ou não quiser a herança ou legado. Sendo igual a porção reservada, pelo testador a cada substituto, não há maiores dificuldades na mensuração das respectivas quotas. Sendo desiguais, contudo, considera-se que a proporção fixada na primeira disposição mantém-se no caso de substituição. Se

um dos herdeiros tinha sido contemplado com metade da herança e os outros dois com um quarto cada, vindo um desses últimos a ser excluído ou renunciar à sucessão, a quota dele é distribuída desigualmente entre os substitutos: o primeiro recebe dois terços e o outro, o terço restante. Assim é feito para que se mantenha a proporção inicialmente querida pelo testador. Se for desejo dele que a substituição se faça, nessa hipótese, de modo diverso, deverá prever expressamente a nova proporção entre as porções hereditárias.

Na substituição vulgar, o testador indica quem ele deseja beneficiar no caso de o testamento vir a falecer antes dele ou, por qualquer outra razão, não puder ou não quiser receber a herança ou legado. Na substituição recíproca, os testamentários são substitutos uns dos outros.

Na substituição vulgar ou recíproca, não há limites à designação de substitutos. O testador pode nomear quantos quiser, fixando as regras em que um sucede no lugar de outro, bem como as situações em que terá lugar a reciprocidade. Mas, independentemente da quantidade de substitutos indicados, nenhum deles titula qualquer direito sucessório se o herdeiro ou legatário a quem caberia

substituir tem capacidade para suceder, ou seja, está vivo ao tempo da abertura da sucessão e não foi dela excluído por indignidade ou deserção (Pereira, 1974:198/200).

5.2. Substituição fideicomissária

Na substituição fideicomissária, o testador define a destinação de seu bens no caso de o testamentário falecer *depois* dele. Em outros termos, ele escolhe dois testamentários, um para sucedê-lo logo em seguida (denominado *fiduciário*) e outro (*fideicomissário*) para suceder ao primeiro. A doutrina se preocupa em acentuar a simultaneidade dos direitos sucessórios do fiduciário e do fideicomissário, malgrado eles sejam chamados *sucessivamente* a titular o bem ou bens testados; isto porque o fiduciário titula a propriedade sujeita a condição resolutiva (ao falecer, o bem testado deixa de integrar seu patrimônio transmissível) e o fideicomissário, a condição suspensiva (só adquire a propriedade do bem testado após a morte do testamentário substituível) (Gomes, 1970:213/214).

Diversas limitações foram estabelecidas nessa específica hipótese do direito de testar. O testador não pode dispor sobre a destinação de seus bens para o caso da morte do fideicomissário; isto é, a lei reputa nulo o fideicomisso além do segundo grau (CC, art. 1.959), porque não pode a vontade do proprietário perdurar por muito tempo além da sua morte. Não tem, por outro lado, liberdade total para

escolher qualquer pessoa para ser fideicomissária. Ao contrário, para que tenha plena eficácia a substituição fiduciária, somente as pessoas ainda *não concebidas*, ao tempo da morte do testador, podem ser nomeadas substitutas. Isto porque, se o fideicomissário já havia nascido quando aberta a sucessão do testador, ele passa a titular a propriedade do bem testado, enquanto ao fiduciário é atribuído o seu usufruto vitalício (art. 1.952, parágrafo único).

Quando, no passamento do testador, é vivo o fiduciário e ainda não nasceu o fideicomissário, o primeiro passa a titular a propriedade resolúvel da herança ou legado (CC, art. 1.953). Na morte do fiduciário, os bens correspondentes à substituição fideicomissária são transmitidos não aos sucessores dele, mas sim ao fideicomissário, se ainda está vivo. Se o fideicomissário não chegou a nascer com vida ou faleceu antes do fiduciário, a propriedade dos bens testados consolida-se em mãos deste último, em razão da caducidade do fideicomisso (CC, art. 1.958); aqui, morrendo o fiduciário, os bens se transmitem aos sucessores dele e não aos do fideicomissário.

Também caduca o fideicomisso, consolidando-se a propriedade dos bens testados no patrimônio do fiduciário na hipótese de o fideicomissário renunciar à herança ou legado (CC, art. 1.955). Somente não se dará a consolidação da propriedade, nesse caso, se o testador houver

disciplinado a hipótese de modo diferente no testamento, prevendo, por exemplo, outra regra de substituição.

Na substituição fideicomissária, o testador estabelece que, na morte do primeiro testamentário (fiduciário), os bens não serão destinados aos respectivos sucessores, mas sim a outra pessoa (fideicomissário).

Enquanto tem a propriedade resolúvel dos bens testados, o fiduciário responde por sua integridade. Se o fideicomissário exigir, a qualquer tempo, o fiduciário é obrigado a prestar caução que garanta o exercício, pelo primeiro, do direito sucessório que titulariza. Se, no final, for transmitido ao fideicomissário bem deteriorado, ele terá direito de cobrar indenização dos sucessores do fiduciário.

5.3. Direito de acrescer

Se o testamentário não puder ou não quiser receber a herança ou legado que o testador lhe conferiu, e não houver substituto nomeado, sobre a porção correspondente passam a titular direito sucessório os herdeiros legítimos. É o direito de acrescer. Claro que, havendo substituto designado pelo testador, o bem ou bens anteriormente destinados ao testamentário substituído não se acrescem à quota hereditária dos legítimos, mas são transmitidos ao nomeado em substituição.

Também têm direito de acrescer os herdeiros testamentários, quando tiverem sido nomeados no mesmo testamento, mas sem atribuição de quotas determinadas (CC, arts. 1.941 e 1.943). O testador pode, por exemplo, ter declarado apenas que deixava toda a parte disponível da herança para *Rubens*, *Sofia* e *Teresa*, sem nada mais especificar. Nesse caso, considera-se que caberá um terço do testado a cada um deles. Vindo, porém, *Rubens* a não aceitar a herança ou ser dela excluído por pré-morte, indignidade ou deserdação, seu terço será dividido entre *Sofia* e *Teresa*. Aqui, o direito de acrescer é dos testamentários, porque o testamento *não* determinou que quota caberia a cada um deles. Note que se tivesse o testador declarado que deixava metade da parte disponível da herança para *Rubens*, três oitavos para *Sofia* e um oitavo para *Teresa*, os titulares do direito de acrescer seriam

diversos na exclusão ou renúncia de qualquer um deles. Nesses casos, passariam a titularizá-lo os herdeiros legítimos do testador (CC, art. 1.944). Quer dizer, a porção de *Rubens* não seria acrescida à de *Sofia* e *Teresa*, mas sim à dos herdeiros legítimos, a menos que o testador tivesse nomeado algum substituto.

Também têm direito de crescer os colegatários nomeados conjuntamente a respeito de uma única coisa. Se, no exemplo anterior, ao invés de herdarem um terço da parte disponível da herança, *Rubens*, *Sofia* e *Teresa* tivessem sido nomeados legatários de uma fazenda agrícola, a exclusão ou renúncia de qualquer um deles importaria o acréscimo da porção correspondente aos demais. Igual acréscimo ocorreria no caso de os colegatários não terem sido nomeados conjuntamente, mas o bem a eles destinado em condomínio não puder ser repartido sem risco de desvalorização (CC, arts. 1.942 e 1.943). Quando o colegatário não tiver direito de crescer, titularizá-lo-ão os herdeiros legítimos, no legado de coisa própria; no de coisa alheia, o direito de crescer cabe ao sucessor ao qual tinha sido imputada a obrigação de prestar o legado (CC, art. 1.944, parágrafo único).

No legado de usufruto, as regras são semelhantes. Se o testador legou aos testamentários o usufruto de certo bem, sem fixar a quota cabível a cada um, é deles o direito de crescer, inclusive no falecimento do cusufrutuário. Mas,

tendo sido estabelecida, pelo testamento, a quota de cada legatário no usufruto, o direito de acrescer é dos herdeiros legítimos, em cujas mãos consolida-se sucessivamente a propriedade do bem gravado, de acordo com a quota do excluído, renunciante ou falecido (CC, art. 1.946 e parágrafo único).

O direito de acrescer beneficia o herdeiro legítimo sempre que o testamentário não puder ou não quiser aceitar sua herança ou legado, e o testador não tiver nomeado substituto.

Beneficia o cotestamentário, no entanto, se não foi discriminada, no testamento, a quota cabível a cada um na herança ou legado.

O titular do direito de acrescer não pode renunciar exclusivamente ao acréscimo, exceto se for testamentário e não lhe convier cumprir o encargo correspondente estabelecido pelo testador. Ocorrendo a renúncia ao acréscimo, nesse caso, ele se transmite à pessoa em favor de quem o encargo tiver sido instituído (CC, art. 1.945). Não havendo ninguém nessa situação, o direito de acrescer é dos herdeiros legítimos.

6. REDUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Como reiterado, o testador com herdeiros necessários só pode dispor, em testamento, da parte disponível da herança, isto é, metade de seu patrimônio.

Se, na data da abertura da sucessão, ocorrer de o valor do bem ou bens testados ultrapassar a parte disponível, é necessário proceder-se à redução das disposições testamentárias, para que a legítima seja preservada. A razão pela qual deu-se o excesso é irrelevante: o testador descuidou-se ou testou conscientemente além do permitido, teve seu patrimônio reduzido depois do testamento, com perda ou alienação de bens indisponíveis, valorizou-se em demasia a parte testada etc. Em nada importa o motivo pelo qual o cumprimento do testamento, tal como contido em suas disposições, levaria ao comprometimento, total ou parcial, da legítima. Se isso acontece, as disposições devem

ser revistas (reduzidas) para preservação dos direitos dos herdeiros necessários.

Para fins de redução, estabeleceu a lei uma hierarquia entre os sucessores testamentários. Em primeiro lugar, reduzem-se as quotas dos herdeiros nomeados em testamento. Se essa redução for insuficiente para preservação da legítima, reduzem-se os legados (CC, art. 1.967, § 1º). A redução dos direitos sucessórios dos herdeiros e legatários é feita sempre de modo proporcional.

Se o legado sujeito à redução consistir num prédio, será feita sua divisão para atribuição da quota cabível ao herdeiro necessário. Se o bem não comportar divisão cômoda, e o excesso for de até um quarto do valor do bem, o legatário ficará com o prédio todo, pagando aos herdeiros necessários o excedente; se o excesso for maior de um quarto, o legatário perderá o prédio inteiro aos herdeiros, mas poderá cobrar deles o valor que lhe cabia na sucessão (CC, art. 1.968, § 1º). Se o legatário for também herdeiro necessário, terá a preferência para inteirar sua parte na legítima no mesmo imóvel, se essa for uma solução matematicamente adequada para redução (§ 2º).

INVENTÁRIO E PARTILHA

1. DISSOLUÇÃO DO CONDOMÍNIO HEREDITÁRIO

Em razão do princípio da *saisine*, tão logo ocorra o passamento de alguém, os seus herdeiros passam a titular a propriedade e a posse dos bens deixados, em regime de condomínio. Trata-se de um condomínio especial, regido também por regras do direito das sucessões —, uma das quais estabelece que sua dissolução deve ser feita necessariamente e o quanto antes. Ainda que seja um só o herdeiro a se apresentar, deve ser instaurado o processo judicial ou feita a escritura pública de inventário. O objetivo do processo judicial é possibilitar que outros interessados,

fora os herdeiros, possam exercer seus direitos, tais como os credores do falecido ou mesmo sucessores desconhecidos. No direito brasileiro, a transmissão *causa mortis* extrajudicial, quer dizer, que prescindida de ação judicial, introduzida em 2007, é possível apenas quando o autor da herança não deixou testamento e não há interessados incapazes. Ela é admissível, por opção dos interessados, mesmo que o espólio tenha dívidas, devendo, nesse caso, os herdeiros honrá-las no limite do valor dos bens herdados.

O processo judicial de dissolução do condomínio hereditário denomina-se inventário e, em alguns casos, arrolamento. Sua tramitação é objeto de estudo do direito processual civil, interessando, por isso, aqui, apenas os aspectos gerais da matéria.

Os objetivos do inventário são quatro: a) definir a herança, estabelecendo quais são os bens deixados pelo *de cuius* e quais os que devem ser assim considerados (itens 2 e 3); b) proceder à satisfação das dívidas deixadas pelo falecido (item 4), bem como ao pagamento do imposto incidente sobre a transmissão *causa mortis*; c) fazer o pagamento dos legados, se o falecido instituiu legatário, bem como cumprirem-se as demais disposições de última vontade; d) partilhar o acervo remanescente entre os herdeiros (item 5).

O condomínio que a sucessão instala entre os herdeiros denomina-se “espólio”. Trata-se de um sujeito de direito

despersonalizado, cuja principal função é a de aglutinar os interesses convergentes dos herdeiros, enquanto persiste a copropriedade sobre os bens objeto de herança. No processo de inventário será nomeada, pelo juiz, uma pessoa encarregada de administrar esses bens e representar o espólio. É o inventariante, cujas funções se iniciam com a assinatura do termo de compromisso e perduram até a homologação da partilha (CC, art. 1.991), salvo se antes disso falecer, for substituído ou removido. No mais das vezes, a inventariança é atribuída ao cônjuge ou companheiro sobrevivente (este último se estivesse convivendo com o falecido), ou, na falta destes, ao herdeiro do *de cuius* que se encontra na posse e administração dos bens a inventariar (CPC, art. 990).

Depois da partilha (judicial ou extrajudicial), desaparece o condomínio entre os herdeiros. Cada um passa a ser o proprietário dos bens que lhe foram destinados na sucessão, por força da lei ou da vontade do falecido. O direito de cada herdeiro, como dita a lei, fica circunscrito aos bens do respectivo quinhão (CC, art. 2.023). Mas em caso de evicção, que venha a atingir os interesses de um dos herdeiros, mesmo depois da partilha os demais são obrigados a indenizá-lo, proporcionalmente aos respectivos quinhões (arts. 2.024 e 2.026). Deste modo, se, anos após a partilha, descobre-se que o falecido havia, por testamento, deixado um certo bem como legado, o testamentário poderá

reivindicá-lo do herdeiro para quem o bem foi destinado. Este, porém, perdendo seu quinhão, ou parte dele, terá direito de repartir o prejuízo entre os demais sucessores hereditários, reclamando deles a indenização correspondente.

A perda do bem herdado, em razão de evicção, não será ressarcível pelos demais herdeiros se havia convenção entre eles dispondo em sentido diverso, se o próprio evicto tinha sido o culpado da evicção ou no caso de derivar esta de fato posterior à partilha (CC, art. 2.025).

O condomínio instituído entre os herdeiros com a abertura da sucessão é denominado “espólio” e deve ser dissolvido necessariamente. A dissolução faz-se, em regra, por meio judicial, ou seja, pelo processo de inventário. A transmissão mortis causa extrajudicial faz-se mediante escritura pública, mas só é admissível se o autor da herança não deixou testamento e não há herdeiros incapazes.

2. COLAÇÃO

Os descendentes devem ser tratados de forma isonômica pelos ascendentes, quando se trata de questão patrimonial. Nenhum filho pode ser privilegiado, em detrimento de outro; tampouco um dos netos, prejudicando-se os demais descendentes de segundo grau.

Se, enquanto ainda vivia o autor da herança, qualquer descendente recebeu deste bens por doação, um dos objetivos do inventário será o de neutralizar a vantagem que esse negócio gratuito trouxe ao donatário, em detrimento dos demais descendentes do mesmo grau. O inventário, em outras palavras, é a oportunidade para igualarem-se as legítimas que eventualmente tenham se desigualado em vida do autor da sucessão.

Para atender a esse objetivo, determina a lei que “os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam” (CC, art. 2.002). Essa conferência é chamada de “colação”. Os descendentes donatários devem dar à colação os bens recebidos, para que sejam considerados no cômputo das quotas hereditárias. Mesmo os herdeiros excluídos da sucessão (por indignidade, deserdação ou renúncia) estão obrigados a dar à colação os bens recebidos por doação, a título de antecipação de legítima (CC, art. 2.008).

Suponha-se, então, que *Antonio* tinha dois filhos, *Benedito* e *Carlos*; e que, em vida, doara para *Benedito* um

apartamento no valor de \$ 1.000. Ao falecer, deixou bens no valor de \$ 2.000. Para simplificar, considere-se que ele não tinha dívidas, nem outro sucessor além desses filhos. Pois bem, *Benedito* está obrigado a dar à colação o apartamento recebido, de modo que, no final, as legítimas sejam igualladas. Quer dizer, *Carlos* terá direito a receber um quinhão no valor de \$ 1.500, enquanto *Benedito* continua com o apartamento e recebe mais \$ 500.

Se, após computar o valor da doação feita a título de adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as quotas hereditárias dos descendentes, o obrigado à colação deve entregar o próprio bem ou, se já não dispuser dele, o valor correspondente (CC, art. 2.003, parágrafo único). Na verdade, embora a lei fale em entrega do valor correspondente apenas no caso de não ter mais o donatário meios de proceder à colação em espécie, os juizes não devem excluir a hipótese no caso de conveniência das partes. Será sempre mais racional, sob o ponto de vista econômico, que o donatário indenize os demais descendentes do prejuízo, desde que o faça pelo valor de mercado do bem, e não pelo da liberalidade.

Desse modo, se *Antonio*, do exemplo acima, tivesse deixado, ao falecer, bens no valor de \$ 400, *Benedito*, para ficar com o apartamento que vale \$ 1.000, além de nada receber desses outros bens, ainda deve ressarcir *Carlos* no montante equivalente a \$ 300. Dessa forma, as legítimas se

igualariam em \$ 700, não se prejudicando nenhum dos descendentes.

Determina a lei que, na colação, os bens doados sejam computados pelo valor da liberalidade, isto é, por quanto valiam ao tempo em que foram doados (CC, art. 2.004). Não é a regra mais justa, nem a mais adequada sob o ponto de vista econômico. O mais equânime é o bem ser dado à colação pelo seu valor atual, de mercado. Somente assim podem-se igualar, de verdade, as legítimas. Claro, não se computa, no valor da colação, o das benfeitorias acrescidas pelo descendente donatário. Haveria enriquecimento indevido dos demais descendentes, que se apropriariam do valor agregado ao bem exclusivamente por recursos do donatário. Pela mesma razão, correm apenas por conta deste as perdas e danos referentes ao bem doado, e são exclusivos dele os frutos (art. 2.004, § 2º).

Para que o donatário seja dispensado de dar à colação o bem doado, é indispensável que o ascendente doador consigne, de modo expreso, no contrato de doação, que está praticando a liberalidade à conta da parte disponível de seu patrimônio (CC, art. 2.005). Nesse caso, a doação não prejudica a legítima de nenhum dos outros descendentes, porque o seu objeto poderia ser licitamente testado, e, portanto, subtraído da herança a que fazem jus. A dispensa de colação, quando não tiver sido feita no próprio instrumento de doação, deve constar de testamento do

doador (art. 2.006).

Se a doação tiver sido feita à conta da parte disponível do patrimônio do doador, mas seu valor excedeu a metade deste, o excesso deverá ser dado à colação. Para verificar se houve excesso, consideram-se os valores do bem doado e do patrimônio do doador, da época da liberalidade. Mas o cálculo do excesso, para fins de definir o valor da restituição a que se obriga o donatário, faz-se de acordo com o valor do bem ao tempo da abertura da sucessão (CC, art. 2.007). Quer dizer, se, no momento da liberalidade, o bem doado valia 60% do patrimônio do doador, o excesso foi de 10%, que equivale a um sexto do seu valor. Desse modo, o descendente obrigado à colação deve entregar ao espólio o correspondente a um sexto do valor do mesmo bem, considerado na época da abertura da sucessão. Uma vez mais, a lei fala em ressarcimento do excesso unicamente no caso de não ser possível a colação do bem em espécie, mas não tem sentido afastar-se, quando conveniente para as partes, a igualação das legítimas por pagamento em dinheiro da diferença.

Os descendentes beneficiados por liberalidade do ascendente estão obrigados à colação dos bens recebidos, com o objetivo de igualar as legítimas.

Por vezes, a liberalidade não prejudica somente os direitos dos descendentes, mas também os do cônjuge ou companheiro do doador falecido. Isso em nada altera a obrigação de dar à colação o que se recebeu como antecipação de legítima, bem como proceder-se às igualações das quotas hereditárias dos sucessores, considerando-se nos cálculos, contudo, os direitos sucessórios do cônjuge ou companheiro.

Divergindo os herdeiros sobre a obrigação de dar à colação, o desfazimento do condomínio não poderá ser feito, evidentemente, por escritura pública. Nessa hipótese, mesmo não havendo testamento ou interessados incapazes, será necessário o processo judicial de inventário.

3. SONEGADOS

Aberto o inventário, incumbe ao inventariante, nos vinte dias seguintes ao de sua investidura, apresentar em juízo a declaração dos bens deixados do inventariado. Em seguida, o juiz mandará citar os herdeiros, para que, em dez dias, se manifestem sobre essa declaração, incumbindo-lhes nessa oportunidade indicar os erros e omissões do inventariante de que tenham notícia. Se um dos herdeiros, por exemplo, estava na posse de um bem do falecido que não constou da declaração do inventariante, é seu dever declarar-lhe a existência ao juízo de inventário (CPC, arts. 993 e 999).

É bastante grave a consequência para o inventariante ou herdeiro que não levar a inventário qualquer bem do falecido que se encontre em sua posse. Impõe-lhe a lei a *pena de sonegados*, em razão da qual o sonegador perde o direito sucessório sobre o bem omitido. Igual punição sofre o herdeiro que deixar de dar à colação algum bem recebido por doação, a título de antecipação de legítima, ou que não o restituir, quando a tanto obrigado (CC, art. 1.992).

A sonegação só se caracteriza por um ato formal do inventariante ou herdeiro, isto é, apenas quando o indigitado sonegador faz, no inventário, uma declaração expressa da inexistência do bem sonegado. Especificamente, após o inventariante consignar, na declaração de bens, que não há outros a inventariar ou o herdeiro, indagado, responder que não tem em seu poder um determinado bem

do falecido (CC, art. 1.996).

Aplicada a pena de sonegados a um certo herdeiro, o bem ocultado do inventário será transmitido aos demais, como se o sonegador não fosse sucessor do falecido. Quando o apenado for o inventariante, além da perda do direito sucessório que titula sobre o bem, será também removido da função (CC, art. 1.993).

A aplicação da pena de sonegados faz-se mediante ação judicial, na qual se garante ao demandado o amplo direito de defesa. Têm legitimidade para essa ação não só os herdeiros, como também os credores. Aqueles, porque seriam prejudicados em seus direitos sucessórios, com a subtração de bem da herança; estes, na medida em que os bens declarados não sejam suficientes à satisfação das obrigações passivas do defunto. Se a ação for julgada procedente, o bem omitido é incorporado ao inventário, em benefício de todos os demais herdeiros e credores, inclusive dos que não a patrocinaram (CC, art. 1.994 e parágrafo único).

O inventariante e o herdeiro que ocultarem bem do falecido, declarando o primeiro formalmente no inventário que ele não existe e o segundo, que não está em seu poder, expõem-se à pena de sonegados.

Aplicada a pena, o sonegador perde os direitos sucessórios que titulava relativamente ao bem omitido.

Se, condenado a restituir os bens sonegados, o sonegador não os tiver mais em sua posse, ficará obrigado a pagar ao espólio o respectivo valor e perdas e danos. Não interessa o motivo. Se o bem foi vendido, subtraído ou se perdeu, com ou sem culpa do sonegador, a indenização é

devida (CC, art. 1.995).

4. PAGAMENTO DAS DÍVIDAS

As dívidas deixadas pelo morto devem ser pagas com os recursos da herança. Não sendo líquida ou exigível, o credor deve habilitar-se no inventário. Se eram líquidas e exigíveis, deve requer ao juiz que seja feito o pagamento. Não havendo impugnação por parte de nenhum dos herdeiros ou do inventariante, a este será determinado pelo juiz que solva a obrigação passiva, de imediato ou quando do vencimento.

Em caso de impugnação, que não seja fundada exclusivamente na alegação de pagamento, o juiz pode determinar ao inventariante que reserve bens suficientes para a solução da dívida, se o credor possuir documento comprobatório de seu crédito revestido das formalidades legais. Os bens reservados só serão partilhados após o trânsito em julgado da decisão que acolher a impugnação ao crédito habilitado ou cujo pagamento tinha sido solicitado.

A partilha dos bens inventariados não precisa aguardar o julgamento das impugnações apresentadas. Os herdeiros, nesse caso, recebem seus quinhões e, vindo a ser decidido, no futuro, que a impugnação não tem procedência, respondem pelo crédito no limite do que tiverem herdado. Como dita a lei: “a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança

lhe coube” (CC, art. 1.997).

O herdeiro demandado a satisfazer obrigação do falecido, nos limites do quinhão recebido na partilha, tem o direito de regresso contra os demais, para não ficar prejudicado. Se entre os demais coerdeiros houver alguém insolvente, os solventes arcarão proporcionalmente com a parte dele (CC, art. 1.999).

Quando os bens deixados pelo falecimento do devedor forem insuficientes para a integral quitação de todas as dívidas, o inventariante terá legitimidade para requerer a instauração da execução concursal (CPC, art. 991, VII). Na verdade, deve requerê-la, para que os credores possam merecer tratamento paritário, com observância das preferências e privilégios que titulam (CC, arts. 955 a 965).

As dívidas do falecido correm por conta dos bens da herança, respondendo o herdeiro apenas no limite de seu quinhão.

Entrando o herdeiro em insolvência, após a partilha, os credores do falecido e os legatários ainda não pagos podem requerer que se discriminem, no patrimônio do insolvente, a parte correspondente à quota hereditária. Feita a discriminação, sobre os bens correspondentes gozarão de preferência, relativamente aos credores do herdeiro (CC, art. 2000).

Se o inventário foi feito por escritura pública, sem que um ou mais dos credores do falecido tivessem seus créditos satisfeitos por iniciativa dos próprios herdeiros, o ato pode ser anulado a pedido de qualquer um dos prejudicados. Se preferir, o credor indevidamente preterido tem também a opção de promover a cobrança judicial contra um ou mais herdeiros, que responderão no limite da porção hereditária recebida.

5. PARTILHA

A partilha é o ato que, uma vez homologado pelo juiz do inventário (ou, quando admitido por lei, formalizado por escritura pública), desfaz o condomínio hereditário que a abertura da sucessão instituíra entre os herdeiros. Trata-se da definição dos bens da herança, que passam à propriedade individual de cada um deles. Divide-se, com a partilha, entre os herdeiros o que remanesceu do pagamento dos legados e dos credores do falecido.

O próprio autor da sucessão pode, por testamento,

estabelecer como se processará a divisão dos seus bens, determinando, por exemplo, que um certo apartamento fique com seu filho e o outro, com a filha. Se tiver sido respeitada a legítima e os bens atribuídos a cada herdeiro corresponderem ao valor das respectivas quotas hereditárias, essa disposição de última vontade será válida e, homologada pelo juiz, prevalecerá (CC, art. 2.014). O ascendente pode partilhar seus bens entre os descendentes, ainda em vida, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários (art. 2.018).

Quando todos os herdeiros são maiores e capazes e entraram em acordo sobre a partilha, ela é amigável. Pode ser documentado o acerto em escritura pública, termo judicial ou escrito particular. Nestes dois últimos casos será indispensável a homologação pelo juiz (CC, art. 2.015). Se estiver em curso o processo judicial de inventário, os herdeiros exibem o plano consensual celebrado por instrumento particular e requerem a prolação do ato homologatório. Se não havia testamento e a partilha foi acertada por escritura pública, podem, querendo, em vez de pleitear a homologação judicial, simplesmente pedir o arquivamento do processo.

Quando o acordo é obtido antes da instauração da medida judicial, e sendo esta necessária ou optando por ela os interessados, a dissolução do condomínio hereditário faz-se por meio de “arrolamento”, que segue rito procedimental

mais simples (CPC, arts. 1.031 a 1.038).

Havendo entre os herdeiros um incapaz, ou divergindo os sucessores sobre a destinação dos bens do falecido, a partilha há de ser forçosamente judicial; vale dizer, o juiz definirá que bem ou bens do acervo hereditário serão destinados a cada herdeiro (CC, art. 2.016).

Prevê a lei que se observe, na partilha, não só o valor, mas também a natureza e qualidade dos bens, com o objetivo de se alcançar a mais justa divisão entre os herdeiros (CC, art. 2.017). Se um deles recebe vários imóveis em bairro decadente, enquanto outro recebe um só, mas numa região valorizada da cidade, ainda que as quotas tenham o mesmo valor, não se terá dado um tratamento justo à divisão. Quando não for possível uma repartição cômoda, um ou mais bens serão vendidos judicialmente, transmitindo-se aos herdeiros o dinheiro correspondente — essa venda judicial não tem cabimento, porém, se houver acordo entre os herdeiros no sentido de se adjudicarem os bens a alguns deles, os quais ficam obrigados ao pagamento da diferença em pecúnia aos demais (art. 2.019 e § 1º). Mais de um herdeiro se interessando pela adjudicação, far-se-á licitação entre os interessados (§ 2º).

Devendo um dos herdeiros ao espólio, a dívida poderá ser partilhada igualmente entre todos ou, se a maioria deles concordar, imputada à quota do devedor (CC, art. 2.001). Nesse último caso, ao herdeiro devedor são destinados bens

de menor valor, dispensando-o do pagamento; a soma do valor da dívida e dos bens aquinhoados deve equivaler à quota hereditária a que o devedor tinha direito.

Pertencem ao espólio, e devem lhe ser entregues pelos herdeiros que se encontram na posse dos bens, os frutos posteriores à abertura da sucessão (CC, art. 2.020). Se um dos filhos, por exemplo, administrava a fazenda agrícola do pai e, por acordo entre eles, ficava com toda a renda da produção, esse acerto deixa de vigorar a partir da abertura da sucessão, porque os herdeiros em condomínio passam a ser os novos titulares dos frutos; apenas mediante a anuência de todos eles poderia aquele filho continuar ficando com a totalidade da renda.

Com a homologação judicial da partilha, desfaz-se o condomínio hereditário entre os herdeiros, instituído com a abertura da sucessão.

A partilha será amigável quando forem todos os herdeiros capazes e entrarem em acordo, mas divergindo ou havendo pelo menos um incapaz, será judicial.

Com a homologação da partilha pelo juiz, encerra-se o inventário judicial. Pode ocorrer, no entanto, posteriormente ao fim do processo, a descoberta de novos bens do *de cujus*, sonogados ou não. Nesse caso, os herdeiros podem requerer a sobrepartilha (CC, art. 2.022). Também é o caso de sobrepartilha quando houver, na herança, bens situados longe do lugar do inventário, objeto de litígio ou mesmo de

liquidação demorada ou difícil. Aqui, enquanto não sobrepartilhados, esses bens permanecem sob a guarda e administração do inventariante (art. 2.021). A sobrepartilha pode ser feita por escritura pública se, ao seu tempo, todos os interessados forem capazes.

Por qualquer dos vícios e defeitos que invalidam o negócio jurídico pode ser anulada a partilha homologada, mas o direito de se pleitear a anulação, nesse caso, decai em um ano (CC, art. 2.027 e parágrafo único).

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de

2004 Responsabilidade civil no direito de família. In: *XIII Jornada de Direito de Família*. Edição especial de Seleções Jurídicas. COAD, fevereiro de 2005. p. 39/43.

ARAÚJO, Fernando

1999 *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça

1974 *Bem de família*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999.

2002 *Estatuto da família de fato*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. Sem data da 1ª ed.

2003 *Comentários ao Código Civil*. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

BEVILÁQUA, Clóvis

1896 *Direito de família*. Edição histórica reproduzindo a 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

1898 *Direito das sucessões*. Sem número da edição. Rio de Janeiro: Red Livros, 2000.

1934 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1934. Sem data da 1ª ed.

BIRCHAL, Alice de Souza

2004 A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004. p. 41/60.

BITTENCOURT, Edgard de Moura

2003 *Família*. 5ª ed. Atualização de Joaquim Macedo Bittencourt Netto e Antônio Carlos Mathias Coltro. Campinas: Millennium, 2003. Sem data da 1ª ed.

BOIZEL, Roger

2000 Le divorce et la faute: perspectives de rapprochement des droits français et allemand. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, v. 52(4), p. 891/912, 2000.

BRODY, David Eliot & BRODY, Arnold R.

1999 *The seven greatest scientific discoveries in history and the people who made them*. Edição brasileira. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2ª reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CAHALI, Francisco José

2004 *Família e sucessões no Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2004.

CAHALI, Yussef Said

1978 *Divórcio e separação*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2005.

CHINELATO, Silmara Juny

2004 *Comentários ao Código Civil*. Coordenador Antônio

Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

COELHO, Fábio Ulhoa

1992 *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 1992.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias & TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo & MAFRA, Tereza Cristina Monteiro

2005 *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XVII.

DINIZ, Maria Helena

2003 Coordenadas fundamentais da tutela e curatela no novo Código Civil. In: *O Novo Código Civil — Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Coordenação de Domingos Granciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003. p. 1334/1367.

2005 *Direito civil brasileiro*. 20ª ed. do 5º v. e 19ª ed. do 6º v. São Paulo: Saraiva, 2005. Sem data da 1ª ed.

ENGELS, Friedrich

1884 *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Tradução brasileira de Leandro Konder. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

ESPÍNOLA, Eduardo

1954 *A família no direito civil brasileiro*. Edição atualizada por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson

2003 *Direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Sem data da 1ª ed.

2003a *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XVIII.

FARIAS, Cristiano Chaves de

2004 Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004. p. 105/126.

FERNANDES, Luís A. Carvalho

2001 *Lições de direito das sucessões*. 2ª ed. Lisboa: Quid juris? — editora, 2001. Sem data da 1ª ed.

FRANK, Rainer

2005 La contestation de paternité. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, v. 57(4), p. 85/102, 2000.

FURKEL, Françoise

2004 L'identification par empreintes génétiques em matéria civile en République fédérale d'Allemagne. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, v. 56(2), p. 389/416, 2004.

GOMES, Orlando

1968 *Direito de família*. 13ª ed. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense,

2000.

1970 *Sucessões*. 14ª ed. Revista, atualizada e aumentada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Coordenador Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto

2005 *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI.

GRISARD Filho, Waldyr

2003 A adoção depois do novo Código Civil. *RT*, São Paulo: RT, v. 816, p. 26/38, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes

2003 *Comentários ao Código Civil*. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

2004 Direito das sucessões: introdução. Ordem de vocação hereditária. Herdeiros necessários e direito de representação. Deserdação e exclusão da sucessão. In: *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Coordenado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004.

JALUZOT, Béatrice; CANNARSA, Michel; FAVIER, Yann et al.

2008 Le mariage entre personnes de même sexe. Étude pour la Cour de cassation. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, v. 60(2), p. 375/443, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira

1995 *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: RT, 1995.

1997 *Famílias monoparentais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

2003 *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XXI.

2005 Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. In: *Adoção — aspectos jurídicos e metajurídicos*. Coordenado por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense. p. 101/143.

LÉVI-STRAUSS, Claude

1962 *Le totémisme aujourd'hui*. Tradução portuguesa de José Antonio Braga Fernandes Dias. Lisboa: Edições 70, sem data.

LÔBO, Paulo Luiz Netto

2004 Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004. p. 505/530.

MARTINS, Ives Gandra da Silva

2002 O exame de DNA como meio de prova — aspectos constitucionais. In: *DNA — como meio de prova da filiação*. Coordenado por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 125/132.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk

2000 *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Pontes

1916 *Tratado de direito de família*. Edição atualizada por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

MIZUNO, Noriko

2001 La famille au Japon: la notion de famille. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, v. 53(4), p. 831/852, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros

2003 *Curso de direito civil — direito das sucessões*. 35^a ed. Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. Sem data da 1^a ed.

2004 *Curso de direito civil — direito de família*. 37^a ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. Sem data da 1^a ed.

OLIVEIRA, Euclides de

2004 Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004. p. 141/159.

2005 *Direito de herança*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva

1972 *Instituições de direito civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. V.

1974 *Instituições de direito civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro:

Forense, 1980. v. VI.

1977 *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 6^a ed. atualizada por Lucia Maria Teixeira Ferreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha

2003 *Direito de família — uma abordagem psicanalítica*. 3^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Sem data da 1^a ed.

2004 *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XX.

PIMENTEL PEREIRA, Áurea

2003 *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros — à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges

1925 *Traité pratique de droit civil français*. 2^a ed. Paris: LGDJ, 1952.

QUEIROGA, Antônio Elias de

2005 *Curso de direito civil — direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da

2004 *Introdução ao direito de família*. São Paulo: RT, 2004.

RODRIGUES, Silvio

2003 *Direito civil — direito das sucessões*. 27^a ed. Atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003. Sem data da 1^a ed.

2003a *Comentários ao Código Civil*. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 17.

2004 *Direito civil — direito de família*. 28ª ed. Atualizada por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. Sem data da 1ª ed.

ROY, Alain

2002 Le partenariat civil, d'un continent à l'autre. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, v. 54(4), p. 759/786, 2002.

SAMARA, Eni de Mesquita

1983 *A família brasileira*. 4ª ed., 2ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SCOTT, Elizabeth S. & SCOTT, Robert E.

1999 A contract theory of marriage. In: *The fall and rise of freedom of contract*. Editado por F. H. Buckley. Durham e London: Duke University, 1999. p. 201/244.

SILVA, Reinaldo Pereira e

2002 Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: *DNA — como meio de prova da filiação*. Coordenado por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 235/260.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz

2002 *Novo Código Civil anotado*. 2ª tir. Coordenação de Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.

2003 Dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. In: *O Novo Código Civil — Estudos em Homenagem ao*

Prof. Miguel Reale. Coordenação de Domingos Granciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003. p. 1286/1318.

2004 Débito conjugal. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004. p. 531/541.

TEPEDINO, Gustavo

2004 A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004. p. 305/324.

VELOSO, Zeno

1997 *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

2002 A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: *DNA — como meio de prova da filiação*. Coordenado por Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 379/390.

2002a *Novo Código Civil comentado*. Obra coletiva coordenada por Ricardo Fiuza. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002. Sem data da 1ª edição.

2003 *Comentários ao Código Civil*. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

2004 Testamentos — noções gerais: formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Coordenado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo

2001 *Direito civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnaldo

2002 *Direito das sucessões*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
Sem data da 1ª ed.

2004 *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro

2003 *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003.

ZANELATO, Marco Antonio

2004 *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Coordenação de José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Jr. e Renato Afonso Gonçalves. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ZULIANI, Ênio Santarelli

2006 Alimentos para filhos maiores. In: *Grandes temas da atualidade – Alimentos no novo Código Civil*. Coordenador Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91/121.