



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**CASAMENTO COMO CONTRATO
(BRASIL - PORTUGAL)**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
especialidade em Ciências Jurídicas

Mestranda: Carla Giselle Neves de Souza

Orientador: Professor Doutor Diogo Leite Campos

Janeiro, 2014

Lisboa



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

Luís de Camões

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Casamento como Contrato

(Brasil - Portugal)

Autora: Carla Giselle Neves de Souza

Orientador: Professor Doutor Diogo Leite Campos

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito,

Especialidade em Ciências Jurídicas.

LISBOA

2013

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela fé que tenho e pela força e coragem que me deu para cumprimento desta obra.

Ao Professor Doutor Diogo Leite Campos, meu sincero agradecimento, por me ter dado o privilégio de consentir em ser meu orientador nesta presente dissertação.

Assim como, a todos os meus professores na universidade autónoma de lisboa, pelo grandioso conhecimento transmitido e, pelo incentivo dado ao longo do decorrer destes últimos anos, com toda certeza foi imprescindível para minha motivação.

À ilustre, Professora Doutora Stela Barbas, meu verdadeiro agradecimento e carinho, pela paciência, dedicação, e acima de tudo pela afeição dada à cada aula lecionada, fundamental para minha escolha e decisão tomada para elaboração desta dissertação.

Essencial é, neste espaço, mencionar a Cecília Dias, a Professora Doutora Ana Roque e, a Juíza Desembargadora Dra. Fátima Galante, meu verdadeiro apreço e admiração.

Muito Obrigada!

DEDICATÓRIAS

Dedico este presente labor, a minha querida e amada mãe, Gilvonete Vieira, alicerce do meu desempenho, ao qual devo evidenciar seu carinho, paciência e compreensão, fundamental para execução desta dissertação e caminhada de vida. Ao meu querido e amado pai, Luiz Carlos Souza, uma vez que, sem seus ensinamentos e preceitos de vida, não seria igual.

Aos meus lindos avós, Iraci Neves e Antônio Vieira; amor, condescendência, afeição, respeito, são meus sentimentos para convosco.

Ao meu irmão, Luiz Carlos Filho, pela admiração que demonstra ter.

A Rui da Costa, meu companheiro, por acreditar e sempre achar-me capaz. Imprescindível foi, para a realização desta obra, a força e dedicação de sua parte.

EPÍGRAFES

“O verdadeiro sábio é aquele que assim se dispõe que os acontecimentos exteriores o alterem minimamente. Para isso precisa couraçar-se cercando-se de realidades mais próximas de si do que os fatos, e através das quais os fatos, alterados para de acordo com elas, lhe chegam.”

Fernando Pessoa

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança; Todo o mundo é composto de mudança. Tomando sempre novas qualidades.”

Luís Vaz de Camões

RESUMO

O casamento como contrato, trata-se de um dos negócios jurídicos mais celebrados, assim como, também é dos negócios jurídicos mais minuciosos, e que, por algumas vezes, ou mais que isso, é, de certa forma, ignorado os efeitos que advém do mesmo contrato.

O casamento como contrato, assim como os demais negócios jurídicos, também domina o princípio da autonomia privada. Contudo, existe uma certa imperatividade na lei, uma vez que, no contrato de casamento pode-se escolher o regime de bens, mas o regime de bens optado pela pessoa é pré estabelecido. Entre essas e outras questões, é que torna-se imprescindível o conhecimento, dos aspetos gerais e essenciais, assim como as consequências que pode-se advir do contrato de casamento, uma vez celebrado. Assim, esta dissertação tem como objetivo principal enfatizar e aclarar o negócio jurídico de casamento.

Sendo abordado a estrutura jurídica do casamento como contrato, os seus requisitos que devem existir para a validade e eficácia do mesmo, os impedimentos, as causas suspensivas, que são de extrema importância, e por fim os efeitos jurídicos, que recaem sobre qualquer dos cônjuges em ligação ao regime de bens optado por ambos no ato da celebração.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento, Contrato, Cônjuge, Regime de Bens, Impedimentos, Celebração, Patrimônio, Causas Suspensivas, Antenupcial, Putativo.

ABSTRACT

Marriage as a contract, is one of the most celebrated legal contracts, and is also one of the most detailed legal businesses, the effects of which, are sometimes often disregarded.

Applicable to marriage as a contract, as well as to other legal business, is the principle of private autonomy. However, there is a certain imperative character in the law, given that, in a marriage contract one may choose the property regime, however the property regime chosen by the person is pre-determined. Among these and other issues is where knowledge becomes of the essence. The essential and general aspects, as well as the consequences that may result from a marriage contract, once entered into. Thus, this dissertation has the main objective of emphasizing and clarifying the legal side of marriage.

The legal structure of marriage as a contract, having been addressed, with all its requirements that exist for its validity and effectiveness, as well as its impediments and preceding causes, which are of extreme importance, and finally its legal effects, related that fall upon either spouse in connection to the property regime chosen at the time of celebrating the contract.

KEYWORDS: Marriage, Contract, Spouse, Property Regime; Impediments, Celebration, Heritage (Assets), Preceding causes, Pre-nuptial, Putative.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	12
------------	----

CAPÍTULO I – CONTRATO

1. CONTRATO DE CASAMENTO

1.1. Noções conceituais	16
1.2. Natureza jurídica	20
1.3. Caraterísticas	22
1.3.1. Casamento como ato	22
1.3.1.1. Negócio jurídico	23
1.3.1.2. Sujeitos (duas pessoas)	23
1.3.1.3. Negócio pessoal	23
1.3.1.4. Negócio solene	24
1.3.1.5. Inadmissibilidade de submissão a condição ou termo	24
1.3.1.6. Estrutura monogâmica	25
1.3.1.7. Dissolubilidade	25
1.3.2. Casamento como estado	26
1.3.2.1. Unidade ou exclusividade	26
1.3.2.2. Vocação de perpetuidade	26
1.3.2.3. Estabelecimento de uma comunhão de vida	27
1.4. Fins	27
1.5. Princípios do casamento	29
1.6. Exigências do casamento	30
1.6.1. Requisitos de caráter pessoal	31
1.6.1.1. Consentimento	31
1.6.1.2. Capacidade	33
1.6.2. Requisitos de caráter formal	34

CAPÍTULO II – SUJEITOS

1. IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

1.1. Noções conceituais _____	36
1.2. Enumeração dos impedimentos _____	38
1.3. Impedimentos dirimentes _____	39
1.3.1. Impedimentos dirimentes absolutos _____	40
1.3.2. Impedimentos dirimentes relativos _____	41
1.4. Impedimentos impeditivos _____	42
1.5. Impedimentos resultantes de parentesco _____	44
1.5.1. Impedimento de consanguinidade _____	44
1.5.2. Impedimento de afinidade _____	45
1.5.3. Impedimento de adoção _____	46
1.6. Impedimento de vínculo _____	48
1.7. Impedimento de crime _____	48
1.8. Oposição dos impedimentos matrimoniais _____	50

2. CAUSAS SUSPENSIVAS DO CASAMENTO

2.1. Noções conceituais _____	51
2.2. Enumeração das causas suspensivas _____	53
2.3. Oposição das causas suspensivas _____	54
2.4. Causas suspensivas estabelecidas em enleio patrimonial _____	55
2.5. Causas suspensivas em enleio sanguíneo _____	57
2.6. Causa suspensiva estabelecida em enleio de curador ou tutor _____	58
2.7. Não aplicação da causa suspensiva _____	59

CAPÍTULO III – PROCESSO PRELIMINAR, FORMA E VÍCIOS

1. PROCESSO PRELIMINAR DO CASAMENTO

1.1. Caraterização da habilitação do casamento	60
1.2. Documentos que informam a habilitação	61
1.3. Suprimento do consentimento	65
1.4. Suprimento de idade	66
1.5. O processo de habilitação	67

2. CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

2.1. Formalidades da celebração do casamento	68
2.2. Casamento por procuração	69
2.3. Suspensão da celebração do casamento	70
2.4. Momento da celebração	71
2.5. Casamentos urgentes	72

3. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO CASAMENTO

3.1. Existência do casamento	74
3.2. Validade do casamento	75
3.2.1. Casamento nulo	76
3.2.2. Casamento anulável	77
3.3. Casamento putativo	80
3.3.1. Caraterização	80
3.3.2. Requisitos	81
3.3.3. Efeitos	81

CAPÍTULO IV – OBJETO

1. EFEITOS JURÍDICOS PESSOAIS DO CASAMENTO

1.1. Relação matrimonial	83
1.2. Deveres dos cônjuges	83
1.2.1. Dever de fidelidade mútua	84
1.2.2. Dever de coabitação conjugal	84
1.2.3. Dever de assistência recíproca	85
1.2.4. Dever de respeito e consideração de ambos os cônjuges	85
1.2.5. Dever de educação, guarda e sustento dos filhos	86
1.3. Direção da sociedade conjugal	86
1.4. Mudança da condição dos cônjuges	86

2. EFEITOS JURÍDICOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO

2.1. Convenção antinupcial	87
2.2. Regime de bens	88
2.2.1. Comunhão de adquiridos	89
2.2.2. Comunhão geral de bens	91
2.2.3. Separação total de bens	92
2.2.4. Participação final nos aquestos	93

CONCLUSÃO	95
------------------	----

BIBLIOGRAFIA	98
---------------------	----

LISTA DE ABREVIATURAS

C.C.B. - Código Civil do Brasil

C.C.P. - Código Civil de Portugal

C.P.B. - Código Penal do Brasil

C.P.P. - Código Penal de Portugal

C.R.C.P. - Código de Registo Civil de Portugal

S.T.J. - Supremo Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

O casamento pode ser analisado em duas perspectivas fundamentais: como contrato e como estado. Contudo nesta presente dissertação, será desenvolvido o casamento como contrato, abordando seus principais e essenciais contextos, e explorando seu conteúdo de maneira a explicar, com critério, toda a matéria deste tema, e no que se trata de aspetos mais estratégicos, aborda-los, para que os leitores ao tomarem conhecimento, passem a ser sensíveis a estes aspetos, sempre que útil seja.

Cabe aqui mencionar que, se trata de uma análise em parte histórica. Contudo, nesta preleção todo o seu conteúdo é esmiuçado de acordo com a atualidade. Essa dissertação será realizada em congraçamento com a legislação, material, contextura, âmbito e campo correspondentes à atualidade. Assim como, será desenvolvida de acordo com o novo acordo ortográfico.

Deste modo, é dado início ao desenvolvimento, lecionando a estrutura jurídica do casamento como contrato, e dentro deste campo, abordar-se-á, primeiramente o conceito do casamento como contrato, assim como sua natureza jurídica e características, de modo a enfatizar, sempre que haja, opiniões distintas de ilustres escritores. Imprescindível é, ainda dentro do contexto da estrutura jurídica, explorar os princípios que regem este tipo de casamento, e também os fins e exigências do mesmo.

Em sequência, no segundo capítulo, tratar-se-á dos impedimentos, uma vez que podem ser dirimentes ou absolutos. O ponto-chave dos impedimentos, ao obstar o direito de casamento a determinada pessoa, é visar a restrição de uniões que possa ser contrária a ordem pública, ou seja, contraria a lei. Assim, após a noção de impedimento e enumeração do mesmo, será lecionado os impedimentos resultantes de parentesco, de vínculo e por último de crime, ressaltando também, quando caso, a oposição dos impedimentos do casamento.

As causas suspensivas, ou seja, causas que suspendem a realização do casamento, mas não gera sua anulabilidade, ao qual as mesmas serão ocupadas, ainda no capítulo II, com a explicação de conceito, enumeração das causas suspensivas, da oposição às mesmas, e da não aplicação dessas causas, por último, será abordado as causas suspensivas por enleio patrimonial, sanguíneo e, de curador ou tutor.

Continuando, já no próximo capítulo, com a habilitação, que trata-se de formalidade que antecede a celebração do casamento como contrato, e que tem como objetivo a prova de que os nubentes realmente estão aptos, de acordo com as exigências, para a celebração do casamento, desta forma será caracterizada a habilitação, passando por mencionar os documentos necessários para demonstrar que há entre os nubentes a habilitação para se casarem, assim como o seu processo. E quando caso de que não haja idade ou consentimento para a realização do casamento, será mencionado maneiras de suprimento destes requisitos.

Após verificação de todos os requisitos, de forma e de fundo, necessários, poderá ser feita a celebração do casamento, deste aspecto se trata ainda no capítulo III, reportando as formalidades necessárias para a celebração, uma vez que o casamento, mesmo não sendo religioso, sendo como contrato, é cingido por cerimônias significativas, que incorrem das normas jurídicas imperativas do Direito.

Ainda, neste mesmo capítulo, também será abordado o casamento por procuração, quando é forçoso a figura do mandatário, ao qual lhe recai poderes outorgados pelo nubente ausente. Em seguida tratar-se-á da suspensão da celebração do casamento, e da celebração em si, ou seja, do real momento da celebração do casamento como contrato. Não deixando de ser explorado, os casamentos urgentes.

Em continuidade, é explicada a existência, validade e eficácia do casamento. No tópico da existência do casamento, o que será discutido é, se houve ou não o cumprimento das condições mínimas exigidas dos pressupostos de existência, para que o casamento possa passar a ser admitido e, assim por consequência, tenha repercussão no âmbito do Direito Civil, mas concretamente no ramo do Direito da família, passando a produzir efeitos jurídicos.

Deste modo um casamento inexistente, não pode-se afirmar um casamento, nem, muito menos, um ato jurídico. Nesse aspecto será levada em consideração o não reconhecimento da teoria da inexistência do casamento, pelo direito positivado brasileiro.

Já em relação a validade do casamento, esta dar-se após verificação da existência do mesmo, podendo assim ser válido ou não o casamento. Nesse caso, o que estar em questão é a verificação dos requisitos impostos por lei, deste modo, afirma-se que nesse plano de validade do casamento, satisfaz o paládio da autonomia da vontade exteriorizada pelos cônjuges. Vale aqui salientar que, não verificada a validade do casamento, o mesmo pode tornar-se nulo ou anulável, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do ordenamento

jurídico português, pois este não admite a nulidade, esta questão será enfatizada com rigor merecido. A figura do casamento putativo, aparece aqui neste mesmo capítulo, ao qual será desenvolvida, de modo a caracteriza-la, expor seus requisitos, assim como seus efeitos.

Uma vez que foi declarado o casamento como contrato, sendo um casamento existente e válido, o casamento passa, a partir desse ponto, a ser eficaz, deste modo passa a proporcionar, na esfera jurídica, efeitos, que recaem sobre os cônjuges, ao qual ficam obrigados a serem observados e respeitados por eles. Esses efeitos podem ser de natureza pessoal, como podem ser de natureza patrimonial, deste modo vem o capítulo IV, reportar-se dos efeitos jurídicos pessoais do casamento, em seguida os efeitos jurídicos patrimoniais do casamento.

Deste modo, a que se dizer que o efeito do casamento, como estado civil, o estado de casado, origina certas obrigações pessoais aos cônjuges, assim passa-se a partir daí a repercutir, principalmente, quando se trata de efeitos pessoais, nos direitos de personalidade, ao qual é da própria essência da relação matrimonial, como por exemplo o nome, a nacionalidade. Ainda dentro desse contexto, são impostos, a ambos os cônjuges, certos deveres, que são designados como deveres conjugais.

A fidelidade, a coabitação conjugal, a assistência, o respeito, a consideração, a guarda e sustento dos filhos, quando haja filho, são deveres enumerados ao qual a relação matrimonial por si só exige dos cônjuges. Outra questão muito importante é a da direção da sociedade conjugal, que passa a recair sobre os cônjuges a colaboração, da gerência do lar de ambos, para que seja sempre visado o interesse do casal e dos filhos. Não sendo observados estes deveres mencionados, pode-se chegar a uma modificação ou extinção da relação matrimonial, o que será mencionada quando falar-se na mudança da condição dos cônjuges.

A respeito dos efeitos jurídicos patrimoniais que advém do casamento, ou seja, do estado de casado, deve salientar a figura da convenção antinupcial, uma vez que trata-se de, por opção dos nubentes, um acordo ao qual os próprios criam seu regime de bens, assim ficam sujeitos os futuros cônjuges a estas cláusulas contratuais estipuladas por ambos, mas cabe aqui mencionar que nunca poderá ser contrária a qualquer disposição legal que seja imperativa.

Também é imprescindível a menção dos regimes de bens estipulados e enumerados pelo Código Civil, comunhão geral de bens, comunhão de adquiridos (regime supletivo), separação total de bens, e por último o regime de bens de participação final nos aquestos, este último

regime não predomina no ordenamento jurídico de Portugal, ao contrário do Brasil, esta diferença será abordada com profundidade.

É dentro dessa linha e sequência, que será desenvolvida esta dissertação, com intuito primordial de enfatizar a extrema importância do contrato de casamento, pois é a partir do casamento que provém a figura da família, tão importante para a sociedade, como alumbra Victor Hugo *“Toda a doutrina social que visa destruir a família é má, e para mais inaplicável. Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como resíduo final não é o individuo mas sim a família.”*¹

¹ HUGO, Victor – Miscelânea de Literatura e Filosofia. França.

CAPÍTULO I – CONTRATO.

1. CONTRATO DE CASAMENTO

1.1. Noções conceituais

O conceito de casamento, no geral, não sendo especificado um certo tipo de casamento, é de certa forma exigente, pois a realidade é de que não existe um determinado conceito de casamento, como afirma José Proença “*No fundo, não há, nem nunca houve, um conceito universal válido de casamento*”².

Deste modo, o que existe, são ideias que convergem e explicam, em comum, a definição do casamento. “*O que há, e sempre tem havido, é uma ideia comum a todas as modalidades de casamento (máxime nos países de civilização idêntica à nossa): A ideia de que o casamento é um acordo entre duas pessoas..., com vista ao estabelecimento de uma plena comunhão de vida e celebrado em conformidade com a lei*”³.

Deste modo, afirma Laurent que “*O casamento é o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada*”⁴. Acrescenta Domingos Lima “*O casamento é a conjunção de matéria e espírito de dois seres ... para atingirem a plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, através do companheirismo e do amor*”⁵. Assim fica claro que tanto Laurent quanto Domingos Lima ao afirmarem vossas ideias de casamento, desprenderam-se, indo mais afundo, da ideia de Kant⁶, pois este afirmava o casamento ser a formalização e legalização da união sexual.

Contudo, ao se tratar do casamento como contrato, este tipo de casamento privilegia-se em relação ao seu conceito, quando o Código Civil Português vem a mencionar claramente, no artigo 1577.º “*Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste*

² PROENÇA, José João Gonçalves de – Direito da Família. 4ª ed. ver. e at. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2004, p. 137.

³ Ibidem, p. 137.

⁴ LAURENT, François – Principes de Droit Civil Français. 5ª ed. Paris, vol. 2, p. 527.

⁵ LIMA, Domingos Sávio Brandão – Desquite Amigável – Doutrina, Legislação e jurisprudência, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 21.

⁶ KANT – Die Metaphysik der Sitten, in Kant’s Desammelt Schriften, vol. 6, p. 277

Código”⁷. A partir desta noção legal de casamento, citada pelo Código Civil Português, pode-se afirmar que, a mesma tem como elementos: 1- o contrato celebrado, 2- entre duas pessoas, 3- a constituição de família, 4- a comunhão de vida e, 5- a conformidade com o ordenamento jurídico civil Português.

Mencionados estes elementos, extraídos da noção legal de casamento, parece fácil chegar a uma conclusão, mas se não partir de cauteloso estudo pode-se chegar a uma interpretação que diverge da real, ou da intencional. Assim enfatiza Diogo Campos “*Esta disposição deve ser cuidadosamente interpretada para não levar a conclusões diversas daquelas que parecem aceitáveis*”⁸.

Deste modo, o contrato celebrado, é elemento e requisito para que haja o casamento. Sem o contrato celebrado o casamento é inexistente de acordo com o artigo 1628.º alíneas c) e d), do Código Civil Português. Assim o casamento como contrato é um negócio jurídico convencionado pelas partes, convergindo vontades, em sentido de comum objetivo de realização. Diz Castro Mendes “*O casamento é um contrato. É, pois, fundamentalmente, para a lei, um negócio jurídico bilateral, um acordo entre duas partes*”⁹.

Ao dizer-se, entre duas pessoas, reporta-se ao fato de se tratar de um negócio jurídico bilateral ou sinalagmático¹⁰, nunca um contrato coletivo¹¹, ao qual está sujeito a declarações de vontades de ambos os nubentes “*é juridicamente inexistente o casamento em cuja celebração tenha faltado a declaração da vontade de um ou ambos os nubentes, ou do procurador de um deles*”¹². Deste modo, não pode o nubente, casar-se sozinho, nem, e muito menos, casar-se com mais de uma pessoa.

Em relação a constituição de família, entende-se a procriação, assim ao Código Civil Português elementar a constituição de família em sua noção de casamento refere-se a conceção de filhos, contudo, vale aqui salientar que, a procriação não é um elemento essencial

⁷ Código Civil e diplomas complementares. 9ª ed. rev. e atu. Lisboa: Quid Juris, 2008. p. 379.

⁸ CAMPOS, Diogo Leite de – Lições de Direito da Família e das Sucessões. 2ª ed. ver. e atu. Coimbra: Almedina, 2010, p.163.

⁹ MENDES, João de Castro – Direito da Família. Edição revista por Miguel Teixeira de Souza. Lisboa: Associação Académica da faculdade de Direito de Lisboa, 1991, p. 38.

¹⁰ Contrato sinalagmático ou bilateral (na terminologia da lei) é o que impõe obrigações recíprocas às partes, isto é, obrigações que, sendo principais e caracterizadoras do contrato, impedem sobre ambas as partes e se encontram ligadas por um nexo de corresponsabilidade, o chamado sinalagma. Os contratos não sinalagmáticos, ou unilaterais, são os que fazem impender obrigações sobre uma das partes apenas, ou aqueles em que, havendo obrigações para ambos os contraentes, elas não têm qualquer ligação entre si. PRATA, Ana – Dicionário Jurídico. 5ª ed. atu. e aum. Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2011, p.395.

¹¹ Modalidade de contrato normativo, estabelecido entre grupos de pessoas ligadas por um mesmo interesse profissional ou económico, e destinado a fixar os parâmetros dos contratos que venham a celebrar-se no seu âmbito, mesmo entre pessoas que não hajam intervindo no acordo. Ibidem, p.375 e 376.

¹² MENDES, João de Castro. Op. Cit., p.39.

do casamento, pode-se afirmar que trata-se de um elemento regular, mas que a falta deste elemento não gera impedimento algum ao casamento (arts. 1601.º, 1602.º e 1604.º C.C.P.).

Como muito o que poderá acontecer, em caso de impotência de um dos cônjuges, quando desconhecida pelo outro cônjuge, é a anulabilidade do casamento por força do artigo 1635.º deste mesmo Código. Assim é correto a afirmação de que a constituição de família é sim elemento do casamento, mas no que se trata de procriação de filhos, quando não for possível ou querido pelos cônjuges, não dará lugar a anulabilidade do casamento por falta de um elemento, desta forma trata-se de um elemento prescindível e não essencial. Até porque o próprio ordenamento jurídico permite a adoção de crianças por pessoas não casadas, assim a figura do filho não somente aparecerá por meio de casamento. *“Há que acentuar, porém, que a procriação (constituir família), embora sendo um fim normal ou natural do casamento, não é um fim absolutamente essencial”*¹³.

Já quando é mencionado a comunhão de vida, esta sim, trata-se de um elemento essencial, pois é entendido como a parte central do casamento, é no sentido de comunhão de vida dos cônjuges que estes passam a estar sujeitos a certos deveres, os deveres dos cônjuges, citados no artigo 1672.º do Código Civil Português.

É também no âmbito da comunhão de vida que surge a figura da exclusividade, deste modo a pessoa que tenha casamento anterior não dissolvido, ou seja, encontre-se casado, o que não tenha sido lavrado o seu divórcio, estar impedido de celebrar um novo casamento (art. 1601.º c) C.C.P.).

Ainda no elemento da comunhão de vida, é necessário citar a perpetuidade presuntiva do casamento. Quando casam-se, os cônjuges, presumem seu casamento como vitalício. Contudo, o instituto do divórcio vem a excetuar esta regra, de maneira que a perpetuidade pode vim a ser ou não, (art. 1773.º C.C.P.).

Por último, o casamento tem de estar, sempre, em conformidade com o direito civil português, assim para que se reconheça a família, ou pelo menos a família legitimada, é obrigatório que haja casamento e, que este seja celebrado de acordo com o ordenamento jurídico civil português, no tocante à Direito de Família.

Ao contrário do direito civil português, o Código Civil Brasileiro não conceitua o casamento, ou seja, não há um artigo onde faculte a noção de casamento, assim afirma a professora Gisele Leite *“Conforme a grande parte dos Códigos da atualidade, também o*

¹³ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit., p. 163.

*Código Civil Brasileiro de 2002, ora vigente, não define o casamento. Pairam sobre o terreno doutrinário, grandes divergências quanto a sua conceituação e natureza jurídica*¹⁴.

Sobre este aspeto de omissão da definição de casamento no direito civil brasileiro, concorda Eduardo dos Santos *“De um modo geral, as legislações fogem a definir o casamento. Porque o consideram desnecessário, tão evidentes são as suas características essenciais. Pois que, em qualquer sociedade, ninguém confunde o casamento, fonte da família legítima, com a união concubinária, com a união de facto”*¹⁵.

Deste modo vem o Cristiano Farias e Nelson Rosenvald definir o casamento como *“entidade familiar, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, entre pessoas humanas, estabelecendo uma comunhão de afetos (comunhão de vida)”*¹⁶.

Arnaldo Rizzardo conceitua o casamento como *“E o casamento vem a ser um contrato solene pelo qual duas pessoas... se unem para constituir uma família e viver em plena comunhão de vida. Na celebração do ato, prometem elas mútua fidelidade, assistência recíproca e a criação e educação dos filhos”*¹⁷.

Ainda em conformidade acrescenta Clóvis Beviláqua *“casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual ... se unem indissoluvelmente, legitimando por eles suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer”*¹⁸.

Depois desta análise de conceitos de ilustres juristas brasileiros, fica nítido que não se foge da noção dada pelo Código Civil Português, assim a noção de casamento em ambos os ordenamentos jurídicos é equivalente.

Deste modo, no meu ver, verdadeiro é que, ainda sendo evidente as características do casamento, é sempre necessário a sua noção em âmbito de legislação, pois principalmente no Direito, o intuito é de amenizar as divergências doutrinárias, que sempre irão existir. Ao se tratar de um contrato tao importante e mitigado, tratando-se de uma das mais importantes instituições do direito privado, quanto mais clareza em seus conceitos melhor será, a tendência será sempre de buscar a perfeição, no que diz respeito a uma correta jurisdição.

¹⁴ LEITE, Gisele – Diálogos Jurídicos. www.giseleleite.prosaeverso.net

¹⁵ SANTOS, Eduardo dos – Direito de Família. Coimbra: Almedina, 1999, p.127.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – Curso de Direito Civil: Direito das Famílias. 4ª ed., rev., amp. e atu., vol. 6. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 187.

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo – Direito de Família. 8ª ed., rev. e atu. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2011, p. 17.

¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis – Direito de Família. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

1.2. Natureza jurídica

Tratando-se de casamento num modo geral, por meio do estudo da história, pode-se chegar a identificação de três concepções do casamento, são elas: a concepção contratualista, a concepção religiosa e a concepção social.

A concepção contratualista, afirma Eduardo dos Santos “*A concepção contratualista seculariza o casamento. Retira-lhe todo o caráter religioso ou sacramental. O casamento é um simples contrato entre os nubentes, uma comunhão de interesses e de sentimento, cujo fim primário é a procriação dos filhos. Cessando essa comunhão, o casamento pode ser dissolvido por repúdio ou por mútuo consentimento entra os cônjuges*”¹⁹.

Em relação a concepção religiosa, também afirma Eduardo dos Santos “*Conforme a conspeção religiosa, o casamento é a instituição divina. Um laço religioso que une os cônjuges. Um vínculo indissolúvel. O Cristianismo, considera-o um sacramento. Mais do que um simples vínculo religioso*”²⁰.

Já quando se trata da concepção social, continua a afirmar Eduardo dos Santos “*surgiu como uma reação contra o excessivo individualismo da concepção contratualista. O casamento já não é um simples contrato de direito privado, mas uma instituição social. Uma das mais importantes instituições sociais. O Estado tem legitimidade para intervir na sua regulamentação. A liberdade individual não é suprimida. Mas tem de subordinar-se ao interesse da sociedade. O Estado pode autorizar a dissolução do casamento por divórcio. Mas é um ato liberal seu. O casamento não é, iminentemente, dissolúvel. É o Estado que, tendo em conta o interesse coletivo, permite se dissolva o casamento por um número mais ou menos restrito de causas*”²¹.

Depois desta análise de concepções do casamento, é possível a distinção entre casamento como ato e casamento como estado, a estes aspetos irei tratar no próximo tópico, nas características do casamento.

Assim, entendendo as concepções do casamento, passa-se ao estudo das teorias que explicam a natureza jurídica do casamento. “*Matéria que sempre pertenceu à área cinzenta do Direito diz respeito à natureza jurídica do casamento, ascendendo polémicas que pareciam insuperáveis*”²².

¹⁹ SANTOS, Eduardo dos. Op. Cit., p. 130.

²⁰ Ibidem, p. 129.

²¹ Ibidem, p. 130.

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 190.

Essencialmente, são três as teorias que sustentam a afirmação da natureza jurídica do casamento. A teoria contratualista, a teoria institucionalista e, a teoria mista ou eclética.

A teoria institucionalista entende o casamento como uma situação jurídica, dos cônjuges, ao qual à esta situação jurídica é atribuída características, que a partir daí é formado um conjunto de regras, regras estas impostas pelo Estado.

Alguns autores defendem esta teoria, Washington Monteiro diz “*o casamento constitui uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos*”²³. Segue da mesma corrente a Maria Diniz “*por ser o matrimônio a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos à teoria institucionalista, que considera como uma instituição social*”²⁴.

A teoria contratualista, tem natureza negocial, e entende que por prevalecer a autonomia privada das partes, por meio do consentimento, o casamento é não mais que um negócio jurídico.

Desta teoria saudosos professores compactuam, José Corrêa de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz dizem o casamento como um negócio jurídico bilateral, enfatizam o elemento volitivo, tanto na formação quando no exercício da faculdade dos nubentes, por exemplo ao optar o regime de bens aplicado²⁵.

A teoria mista ou eclética, afirma ser o casamento, um ato complexo, no qual vigora traços tanto da teoria contratualista como a teoria contratualista, no fundo o que a teoria mista vem a fazer é, no confronto das teorias contratualista e institucionalistas, promover uma compatibilização, uma pacificação, destas teorias, dizendo-se correta ambas.

Deste modo, cabe aqui salientar que, no meu ver, a teoria mais cabível ao casamento, ou a que melhor identifica o casamento, é a teoria contratualista, pois no fundo o que vem a ser levado em consideração na teoria institucionalista é o fator social, o fator histórico do casamento, o que não deixa de ser importante, mas se for estudado o casamento, com rigor, verificando todo o seu contexto e âmbito, assim como seus elementos essenciais, chega-se claramente a conclusão de que, os elementos essenciais de um negócio jurídico está lá

²³ MONTEIRO, Washington de Barros – Curso de Direito Civil: Direito de Família. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.13.

²⁴ DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 21ª ed., vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 42.

²⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira – Curso de Direito de Família. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2000.

presente, o exercício do ilustre princípio, que vigora até os dias de hoje, o princípio da autonomia privada, a *voluntas* de cada nubente.

No que se diz respeito a aceitação do ato de casar, na opção do regime de bens adotado, e até, quando seja o caso, de um divórcio, prevalece sempre no casamento, ou contrato, a liberdade concedida aos nubentes ou cônjuges, não sendo ignorado o valor social, mas sendo, secundário, este.

Cita Camilo Barbosa “à liberdade conferida aos nubentes, inclusive no que concerne à sua dissolução pelo divórcio, possui hoje características que o aproximam mais de negócio jurídico, do que instituição”.²⁶

Concorda Paulo Nader, ao mencionar o casamento como negócio jurídico “*trata-se de negócio jurídico complexo, pois se perfaz com o consentimento dos interessados*”²⁷.

Alumbra Diogo Leite Campos “O casamento é um negócio jurídico: uma ou mais declarações de vontade (neste caso duas declarações) dirigidas a certos efeitos e que a ordem jurídica tutela em si mesmas e na sua direcção, atribuindo efeitos jurídicos em geral correspondentes com aqueles que são tidos em vista pelos declarantes”²⁸.

1.3. Características

O casamento como contrato é, essencialmente, rico quando se trata de características, estas são tão evidentes, notórias e inequívocas, que torna o casamento como contrato inconfundível, ou pelo menos, de fácil distinção, ao ser comparado com outros tipos de casamentos.

Assim, vale apenas, aqui salientar que, para uma melhor enumeração e explicação das características do casamento como contrato, irei dividi-lo em dois aspectos, o casamento como ato e o casamento como estado.

1.3.1. Casamento como ato

No casamento como ato, são as seguintes características: negócio jurídico, entre duas pessoas, negócio pessoal, negócio solene, inadmissibilidade de submissão a condição ou

²⁶ BARBOSA, Camilo de Lélis Colani – Direito de Família: Manual de Direitos do Casamento. São Paulo: Editora Suprema Cultura, 2003. p. 19.

²⁷ NADER, Paulo – Curso de Direito Civil, p. 63.

²⁸ CAMPOS, Diogo Leite. Op. Cit., p. 183.

termo, ou seja, a natureza cogente das normas regulamentadoras, estrutura monogâmica e dissolubilidade, quando de acordo com a vontade das partes.

1.3.1.1. Negócio jurídico

No que se trata de ser um negócio jurídico leciona o professor Mota Pinto “*Os negócios jurídicos são actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes*”²⁹. Deste modo, pode-se afirmar o casamento ser um contrato, porém um contrato, no qual a autonomia privada das partes é limitada, principalmente quando comparado a outros tipos de contrato.

1.3.1.2. Sujeitos (duas pessoas)

Contudo, a segunda característica do casamento limita mais o conceito de negócio jurídico, ao determinar o casamento, imperativamente, ser entre duas pessoas. A esta característica, do casamento como contrato, é de grande relevo mencionar o enorme salto do direito, tanto no ordenamento jurídico português quanto no ordenamento jurídico brasileiro, no que se diz respeito a aceitação do casamento de pessoas do mesmo sexo. Ainda aqui, cabe mencionar, ser o casamento, um contrato sinalagmático, ou indivisível, pois sempre recairá sobre ambas as partes as obrigações, de modo que, este contrato se é valido sempre será pra ambas as partes, ou não sendo válido, não será para nenhuma parte.

Antes esta característica era dita entre duas pessoas de sexo diferente, hoje diz-se entre duas pessoas. Ainda aqui, dentro desse contexto, acrescenta-se o fato de o contrato ser sinalagmático.

1.3.1.3. Negócio pessoal

Enquanto o casamento como contrato, no seu aspeto de ato, na sua característica de ser um negócio pessoal, assim explica Mota Pinto “*Relativamente aos negócios familiares*

²⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria Geral do Direito Civil. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 379.

*personais (casamento, perseguição, adoção), a liberdade contratual está praticamente excluída, podendo apenas os interessados celebrar ou deixar de celebrar o negócio, mas não podendo fixar-lhe livremente o conteúdo, nem podendo celebrar contratos diferentes dos previstos na lei”*³⁰. Acrescenta Pereira Coelho “*Pessoais dizem-se os negócios que não se destinam a constituir, modificar ou extinguir relações de caráter patrimonial, mas a influir no estado das pessoas, familiar ou de outra ordem; os restantes chamam-se patrimoniais*”³¹.

1.3.1.4. Negócio solene

Ao caracterizar, o casamento com contrato, como um negócio solene, quer dizer o casamento como um negócio ao qual deve-se observar determinada forma, esta forma e necessidade de observação é prescrita pela lei. Assim, no que se trata de consensualidade de um contrato, o casamento perde-a um pouco, pois a este é exigida determinadas formalidades. Deste modo, vem a concordar Eduardo dos Santos “*A importância do casamento é tal na vida das pessoas e da sociedade que ele não pode ficar à mercê da fortuitude ou clandestinidade. É preciso que não só os contraentes assumam a consciência do acto que celebram, mas também que a sociedade tenha dele público conhecimento. Aqui reside o fundamento da exigência da solenidade do casamento*”³².

1.3.1.5. Inadmissibilidade de submissão a condição ou termo

Cabe aqui mencionar, o (art. 1618.º nº 2 C.C.P.), pois, como exemplo da liberdade contratual reduzida das partes, ao contrato de casamento é inadmissível a submissão de cláusulas contratuais, como termo ou condição, uma exceção a esta redução de liberdade contratual no casamento é a figura da convenção antenupcial (arts. 1698.º e 1699.º C. C.P.).

Esta característica é denominada pelo professor Cristiano Farias e professor Nelson Rosenvald como natureza cogente das normas que regulamentam.

³⁰ Ibidem, p. 397.

³¹ COELHO, F. M. Pereira – Curso de Direito da Família. Coimbra, 1986, p. 175.

³² SANTOS, Eduardo dos. Op. Cit., p.144.

1.3.1.6. Estrutura monogâmica

Diz-se o casamento como estrutura monogâmica uma vez que só é permitido o casamento com uma única pessoa, deste modo proibido é a bigamia, esta característica deriva-se também da característica de ser o casamento como contrato entre duas pessoas, negócio sinalagmático, ou seja, um negócio que somente pode ser celebrado por duas pessoas, não existindo assim pluralidade de uma das partes, ou de ambas.

Assim nos ensina o professor Rodrigo da Cunha Pereira, ao afirmar que *“O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental”*³³.

Deste modo pode-se afirmar a monogamia como um parâmetro de entendimento da sociedade, assim é comum dizer que não se trata a monogamia como uma determinação legal, mas antes como uma referência social.

Contudo à esta estrutura monogâmica do casamento deve-se muito a boa-fé dos cônjuges, uma vez que atualmente é reconhecida união de fato. *“Hoje, a família continua sendo a célula mater da sociedade, mas o atual texto constitucional não mais limita à formação consolidada através do casamento, reconhecendo a união estável”*³⁴. Mas, ainda assim, no que se trata de casamento como ato, sendo um casamento como contrato, prevalece a estrutura monogâmica.

1.3.1.7. Dissolubilidade

Por último, a dissolubilidade do casamento, deste modo, a qualquer altura do casamento poderá o cônjuge dissolve-lo, seja por mútuo consentimento, ou por vontade unilateral. Assim, o casamento como contrato, tem caráter dissolutivo. Afirma Cristiano Farias e Nelson

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – Princípios Norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. P. 76.

³⁴ GARCIA, Edinês maria Sormani – Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Editora de Direito. 2003. p. 85.

Rosenvald “à liberdade de casar corresponde, em inversão lógica, a liberdade de não permanecer casado”³⁵.

1.3.2. Casamento como estado

Já quando se trata do casamento como estado, as características são: unidade ou exclusividade, vocação de perpetuidade, estabelecimento de uma comunhão de vida.

1.3.2.1. Unidade ou exclusividade

A unidade ou exclusividade, como característica, do casamento como estado, enquadra numa estrutura monogâmica o casamento como contrato, esta característica refere-se ao fato de ser impedido o casamento de pessoa já casada, assim para que uma pessoa possa casar-se com outra, em caso de já ter celebrado casamento anteriormente, terá esta pessoa que primeiramente dissolver o seu anterior casamento, e só depois de divorciado, poderá casar-se novamente. Explica Diogo Campos “*uma pessoa não pode estar casada ao mesmo tempo com mais do que uma*”³⁶. (art. 1521.º VI C.C.B. e art. 1601.º c) C.C.P.).

1.3.2.2. Vocação de perpetuidade

Quanto a perpetuidade ou sua presunção, esta não deve ser confundida com a não dissolubilidade do casamento, uma vez que o divórcio é admitido como já referimos anteriormente, mas, de certo modo, a não sujeição do casamento como contrato a termo ou condição, estabelece uma vocação de perpetuidade como característica do casamento, contudo a esta característica não lhe pode atribuir título de absoluta, mas antes uma característica normal do casamento como estado.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p.194.

³⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit., p. 187.

1.3.2.3. Estabelecimento de uma comunhão de vida

Em relação ao estabelecimento de uma comunhão de vida, esta dar-se como característica, no ordenamento jurídico brasileiro, por força do artigo 1511.º do Código Civil Brasileiro, “*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”³⁷, o mesmo passa no ordenamento jurídico português, no entanto, ao este mencionar a comunhão de vida, esta é estabelecida como elemento essencial do casamento e é tratada na sua noção. Como, desprende-se de noção do casamento o Código Civil brasileiro, o ordenamento jurídico brasileiro tende a distinguir a comunhão de vida como característica.

1.4. Fins

Importantíssimo é compreender as finalidades do casamento para uma melhor compreensão do ordenamento jurídico da família em si próprio.

Dentre os fins do casamento, vem a professora Maria Helena Diniz, entende-os como “*A instituição da família matrimonial... A procriação dos filhos... A legalização das relações sexuais... A prestação do auxílio mútuo... O estabelecimento de deveres*”³⁸.

Já Diogo Campos faz a distinção entre fins do matrimónio em si mesmo e fins dos nubentes, e acrescenta que “*fins dos nubentes (“fines operantes”) ... variam conforme as situações: vantagens sociais, económicas, amor, beleza e etc. Os fins objetivos do matrimónio não constituem a sua essência... mas são caracterizantes do matrimónio por definirem os direitos e os deveres dos cônjuges. São eles: o bem dos cônjuges e a procriação e educação da prole*”³⁹.

No meu ver, essa percepção clássica dos fins do casamento, mencionada pela professora Maria Helena Diniz, já não se é correta, ou melhor, já não se enquadra nos parâmetros do casamento atual, na modernidade que encaramos nos dias de hoje.

Assim, dizer que um dos fins do casamento é a instituição da família matrimonial, estar a desdenhar das famílias constituídas pela união de fato, ou união estável, ou até o concubinato.

³⁷ Código Civil e Constituição Federal. 62ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 249.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. – Curso de Direito Civil Brasileiro: 5. Direito de Família. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.52 e 53.

³⁹ CAMPOS, Diogo Leite. Op. Cit., p. 161.

Uma vez que a procriação dos filhos pode ser optada ou não pelo casal, por meio de seu planejamento como cônjuges em sua vida social e económica, e não só, por muitas vezes, por questões de saúde, deixa de ser opção a procriação dos filhos, nesse aspeto entraria a figura da adoção, e nesse contexto afirmaria com mais rigor a procriação dos filhos como não sendo finalidade do casamento, uma vez que a lei permite adoção de crianças por uma pessoa, e não assume como critério, que seja a pessoa casada, contudo depois de afirmar a procriação dos filhos como fim do casamento, vem a Maria Helena Diniz dizer “*A procriação dos filhos, que é uma consequência lógico-natural e não essencial do matrimônio*”⁴⁰.

Dizer legalização das relações sexuais é o mesmo que afirmar que toda relação sexual fora do âmbito do casamento é ilegal, isso não acontece no ordenamento jurídico, assim quando afirma Maria Helena “*pois dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência*”⁴¹. Penso estar a querer, de certo modo, legitimar as relações e desejos sexuais, o que no meu ver isto nem diminui ou torna, mais ou menos, correto o sexo dos cônjuges, nem dos que não são cônjuges, por exemplo os que vivem em comunhão de vida pela união de fato, assim designada em Portugal, ou união estável, como é chamada no Brasil.

A prestação do auxílio mútuo e o estabelecimento de deveres, em certo modo até concordo, porém penso ser mais correto tratar isto como efeitos que decorrem do casamento, nesse caso em concreto, os efeitos pessoais.

Portanto, fugindo dessa definição clássica, e concordando com o Diogo Campos, quando diz os fins objetivos não são essência mas sim traços caracterizantes do casamento, e ao tratar os fins dos nubentes como de escolha por eles próprios, pois no meu ver, o verdadeiro fim do casamento, ainda que de forma genérica, é a participação em comum, pelos cônjuges, no sentimento, na amizade, no amor, na organização de vida, na paixão e principalmente na amizade, a partir daí tudo aquilo que se pregava classicamente como fins do casamento, acontecerá naturalmente, decorrerá da pura essência e querer dos cônjuges, em comum acordo, uma vez que sendo predominado sentimentos como, amor, consideração e amizade entre os cônjuges, a intenção será vivenciada e desejada naturalmente, sendo intrinsecamente um querer de ambos, que de modo singelo, espontâneo, se exteriorizará, sem antes pensarmos como cláusulas que estão postas no casamento como contrato.

Afirma Washington de Barros Monteiro e Regina Tavares da Silva “*Os fins do casamento não estão determinados em lei porque são de foro íntimo, de ordem pessoal e*

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 52.

⁴¹ Ibidem, p. 53.

subjetiva. No entanto, a lei civil, ao estabelecer os efeitos jurídicos do casamento, deve estar atenta ao que os cônjuges pretendem alcançar nesta união”⁴².

1.5. Princípios do casamento

Existem alguns princípios que são postos como fortalezas em relação ao casamento como contrato, na realidade esses princípios não afastam-se da noção, da característica, dos fins do casamento como contrato, contudo, mediante sua extrema importância, serão aqui explicados os princípios do casamento, são eles:

- a) O princípio da livre união dos nubentes, esse princípio enfatiza a liberdade de escolha dos cônjuges, para o casamento um requisito primordial é o livre consentimento, o que retrata um princípio basilar do Direito Civil, tanto Português quanto Brasileiro, que é o princípio da autonomia privada das partes, deste modo predomina em qualquer negócio jurídico o querer, o consentir, a vontade das partes contraentes, no casamento é igual, o que não podia ser diferente pois também trata-se de um negócio jurídico. Deste modo, para que haja casamento, os nubentes devem manifestar o seu consentimento, consentimento este que nunca pode ser substituído ou suprimido por ou requisito exigido pelo casamento.
- b) O princípio da monogamia, a este princípio deve-se a oposição à poligamia ou poliandria, ou seja, não é permitido o casamento com mais de uma pessoa, no ordenamento jurídico português vem o Código Civil, por força do seu artigo 1601.º “São impedimentos dirimentes, obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra: c) O casamento anterior não dissolvido, católico ou civil, ainda que o respectivo assento não tenha sido lavrado no registo do estado civil”, proibir o casamento de pessoa casada. O mesmo passa no ordenamento jurídico brasileiro, que vem o Código Civil, por força do artigo 1521.º VI “Não podem casar as pessoas casadas”, também respeitar a monogamia. Cabe, ainda aqui, mencionar que, em ambos os ordenamentos jurídicos, de Portugal e Brasil, a bigamia⁴³ é punida como crime, de acordo com o (art. 247.º C.P.P.), e o (art. 235.º C.P.B.).

⁴² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil: Direito de Família. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

⁴³ Que se traduz em contrair casamento sendo casado, ou em contrair casamento com pessoa casada. PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel – Dicionário Jurídico. 2ª ed. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2009, p. 69.

- c) O princípio da comunhão não dividia, este princípio visa a convivência ou a vida em comunidade da família, o que na realidade é a plena comunhão de vida dos cônjuges em seu casamento. Assim, o aspeto da união das pessoas casadas, em compartilharem seu lar, suas alegrias, suas tristezas, ou seja, de viver uma vida juntos, é realçado aqui nesse princípio. Antes cada um dos cônjuges vivia, de certo modo, seu próprio interesse de maneira independente, após casado, viverá seu interesse em comunhão com seu cônjuge, de modo a tornarem-se unidos em vida plena, tendo uma frequência de tratamento íntimo e mútuo.
- d) O princípio da igualdade dos cônjuges, no que diz respeito a este princípio, tanto os direitos quanto as obrigações recaem em comum e igual sobre ambos os cônjuges, deste modo, este princípio visa de maneira justa, por em patamar igual os cônjuges. Este princípio, que pode-se se dizer um princípio atual, mudou completamente a visão de fragilidade, de carência, de necessidade, de proteção, que antes dominava o espírito feminino, hoje em dia, já não é assim vista a mulher, e quando se trata do casamento, nem mais nem menos a igualdade dos cônjuges deve prevalecer, uma vez que, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é admitido. Vale aqui salientar que, essa igualdade aqui mencionada, vale tanto como uma igualdade jurídica, quanto uma igualdade em pessoa, como pessoa.
- e) O princípio de igualdade dos filhos, assim como o princípio de igualdade dos cônjuges, esse princípio visa, de modo a igualizar, o tratamento dos filhos, tanto no que se refere aos deveres quanto no tocante aos direitos de cada filho. Assim, sejam ou não filhos da mesma união, do mesmo casamento, o tratamento para com eles deve, obrigatoriamente, ser igual, de maneira que não sinta um filho o sentimento de rejeição dos pais, pelo tratamento dado a um e a outro ser diferente, muito menos por ser filho de origem matrimonial diferente. Obviamente que este princípio só acarretará os cônjuges que filhos tenham.

1.6. Exigências do casamento

As exigências do casamento são, fundamentalmente, os requisitos de fundo, os pressupostos essenciais, para a realização do casamento. Faltando ou estando com vício as exigências do casamento, surgirá, conseqüentemente, a anulabilidade, nulidade ou impedimentos.

1.6.1. Requisitos de caráter pessoal

1.6.1.1. Consentimento

O consentimento, já retratado anteriormente em outros aspetos do casamento como contrato, é também um requisito de fundo para que possa ser existente, válido e eficaz o casamento. Deste modo, a vontade de casamento dos cônjuges, exteriorizada pelo consentimento no ato do casamento, é requisito imprescindível e de extrema importância, de maneira que nunca poderá, na nossa cultura e ordenamento jurídico, ser admitido um casamento ao qual seja abnegado a vontade dos cônjuges, assim não é permitido a celebração de um casamento que não haja vontade de um dos, ou de ambos, cônjuges.

*“O casamento, negócio jurídico que dá margem à família legítima, expressão atualmente, aliás rejeitada, é ato pessoal e solene. É pessoal, pois cabe unicamente aos nubentes manifestar sua vontade, embora se admita casamento por procuração.”*⁴⁴

Contudo, cabe aqui mencionar que, é sempre necessário a vontade dos cônjuges, mas essa vontade, ou consentimento, deve ser atual, pessoal, pura, simples, perfeita e livre.

Ao dizer o consentimento atual e pessoal, refere-se a vontade das partes exteriorizada no ato do casamento e pelos próprios, ou seja, quando a celebração do casamento é que se expressa o consentimento, de modo a este ser atual, e esse consentimento tem de ser feito pelos próprios nubentes, de modo a ser pessoal. Contudo, pode-se questionar aqui a figura do casamento por procuração, pois assim é admitido pela lei, porém quando se trata de casamento por procuração, é dado o consentimento pelo nubente ao assinar e assim dar poderes ao mandatário através da procuração, se este tipo de casamento for realizado após ter cessado os efeitos da procuração o casamento é inexistente.

A pureza e simplicidade do consentimento consistem por não ser admitido cláusulas, no contrato de casamento, de termo ou condição. Qualquer cláusula deste caráter será, por efeito, considerada não existente, de modo a não ter qualquer valor jurídico, mas o casamento sempre será válido. O consentimento puro e simples implica a não permissão de um contrato de casamento temporário.

Ao se tratar da perfeição do consentimento, é o mesmo que a necessidade de convergência dos cônjuges em consentir, assim não basta só que cada nubente tenha vontade, consinta, mas tem que essa vontade ser convergente, dominando assim, a concordância nas

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo – Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 26.

declarações de vontade de cada um. Neste contexto de perfeição do consentimento, pode-se referir o casamento simulado, quando por interesse e algum benefício, duas pessoas se casem de modo, a prevalecerem-se de algo, isto acontece muito no que diz respeito a imigrantes para conseguir uma nacionalidade.

Ainda no que se diz respeito a perfeição do consentimento, deve-se salientar a figura do erro na declaração, situação que muito acontece quando praticados os casamentos simulados, como por exemplo o casamento de cidadão nacional e estrangeiro a fim de ser adquirida a nacionalidade por este. Neste caso, é dada a invalidade do casamento (art. 1635.º d) C.C.P.). Esta anulação tanto pode ser requerida pelos cônjuges como por terceiros prejudicados (art. 1640.º n.º 1 C.C.P.), sendo obrigatoriamente seguidos os prazos (art. 1644.º C.C.P. e art. 1560.º C.C.B.).

*“ A anulação do casamento simulado, tal como a nulidade dos negócios jurídicos em geral, não pode ser oposta a terceiros que tenham acreditado de boa fé na validade do casamento (art. 243.º do Código Civil).”*⁴⁵

Quando seja o caso de falta de vontade própria de um dos nubentes, por este estar fora de seu estado normal de consciência, o casamento será anulável de acordo com o artigo 1635.º a) do Código Civil de Portugal e artigo 1550.º inciso IV do Código Civil do Brasil. *“Para que seja relevante, a falta de consciência do ato praticado por parte do nubente não necessita nem de ser notória, nem de ser conhecida do outro contraente.”*⁴⁶

Em caso de falta de vontade do nubente de realizar casamento pode ser anulável o casamento por falta de vontade (art. 1640.º C.C.P.). Já quando se trate de anulação do casamento por erro acerca da identidade da pessoa (art. 1635.º b) C.C.P. e art. 1556.º C.C.B.), este erro acerca da identidade terá que seguir os requisitos do artigo 1636.º do Código Civil Português e 1557.º do Código Civil do Brasil.

*“O cerne básico de cada uma das causas de anulação assenta na falta de conhecimento da identidade ou de uma qualidade essencial do outro cônjuge. Ao ser dado o consentimento, um dos cônjuges o faz imbuído por falso conceito, ou uma ideia equivocada em relação à pessoa com quem se casou.”*⁴⁷

Pode-se, ainda ser anulável o casamento contraído forçosamente, quando em caso da declaração de vontade ter sido dada sobre meio de extorsão por coação física (art. 1635.º c) C.C.P.), ou sendo contraído o casamento sob coação moral (art. 1638.º C.C.P.), no Código

⁴⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit. p.196.

⁴⁶ LIMA, Pires; VARELA, Antunes – Código Civil Anotado. 2ª ed. rev. e atu. vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 173.

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 118.

Civil do Brasil a figura da coação para obtenção do consentimento no casamento é salvaguardada no artigo 1558.º. Esta anulação pode ser dada sob força do artigo 1631.º b) do mesmo Código português ou 1559.º do Código Civil do Brasil. *“A figura da coação moral... enquanto vício da vontade, reconduz-se ao receio ou temor ocasionado no declarante pela cominação de um mal, dirigido à sua própria pessoa, honra ou fazenda ou de um terceiro.”*⁴⁸

*“Em matéria de casamento, não se distingue entre as hipóteses de a coacção provir do outro contraente ou de um terceiro, ao contrário do que faz a Teoria Geral do Direito Civil. É relevante em qualquer dos casos e nos mesmos termos.”*⁴⁹

No que se trata de ser livre o consentimento é necessário o conhecer e querer os direitos e deveres que surgem do contrato de casamento. Esse consentimento tem de ser querido, sem que haja coações, nem moral nem física, assim um consentimento livre é um consentimento desejado, desprendido de ameaças, agressões ou más intenções.

*“E, para que o consentimento seja verdadeiramente livre, é preciso que a vontade dos nubentes, em primeiro lugar, tenha sido esclarecida, ou seja, formada com exacto conhecimento das coisas, e, em segundo lugar, se tenha formado com liberdade exterior, isto é, sem a pressão de violências ou ameaças.”*⁵⁰

*“Sabe-se como hoje, na teoria geral do negócio jurídico, o princípio da vontade tende a ser temperado por ideias de responsabilidade e de confiança; em matéria de casamento, porém, a tendência da doutrina é para respeitar em maior medida e dar maior valor ao princípio da vontade, sendo difícil admitir aqui, ainda mais do que em relação aos negócios jurídicos em geral, a validade de um casamento sem vontade”*⁵¹.

1.6.1.2. Capacidade

A capacidade, também requisito de fundo do casamento como contrato, requer que todos aqueles que se casem tenham capacidade para tal. Assim, tamanha importância, sociocultural e pessoal do casamento, que a lei imperativamente exige a capacidade dos nubentes para realização do casamento, essa capacidade é averiguada, de maneira criteriosa e rigorosa, antes do casamento, de modo a evitar que aconteça casamentos por incapazes.

⁴⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família: Introdução Direito Matrimonial. Vol. 1 ed. 4ª. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 244.

⁴⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit. p. 199.

⁵⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit. p. 239.

⁵¹ Ibidem, p. 224.

Cabe aqui mencionar que as incapacidades matrimoniais são distintas das incapacidades gerais dos negócios jurídicos. No que se trata de incapacidade matrimonial, surge a figura do impedimento, que será desenvolvida mais a frente, com melhor rigor.

1.6.2. Requisitos de caráter formal

Ainda no que se trata das exigências do casamento, para além dos requisitos de fundo pessoal, o consentimento e a capacidade de cada nubente, existem e vigoram também os requisitos de fundo formal, ou seja, se trata da forma do casamento, nesse aspeto surge a questão documental e os procedimentos que devem ser seguidos para a celebração do casamento.

Assim enfatiza o professor Silvio Rodrigues *“O casamento, principal forma de constituição da família, desperta tamanho interesse do Estado que este o disciplina minuciosamente, cuidando de maneira pormenorizada não só de sua celebração como também dos pressupostos e das formalidades preliminares que o devem anteceder”*⁵².

No que se refere a questão documental, aborda-se a prova por meio de documentos, da idade dos nubentes através da certidão de nascimento, do comprovante de morada, da declaração assinada das testemunhas, em caso de o nubente ser menor, a autorização escrita do pai e da mãe para o casamento, em caso de surdos-mudos sejam os nubentes terá que provarem por documento escrito o seu respetivo consentimento, seguindo critérios mencionados anteriormente em relação a vontade de cada nubente, em caso de ser viúvo o nubente, a certidão de óbito, sendo divorciado o nubente terá que apresentar a certidão de divórcio.

*“A fim de que o casamento seja validamente celebrado, mister se faz que entre os nubentes não haja impedimento matrimonial. Para se verificar a inexistência de impedimentos, a celebração do matrimônio é precedida de processo de habilitação, levado a efeito perante o oficial do Registro Civil.”*⁵³

Quando se trata da questão formal, terá os nubentes que seguirem todos os atos exigidos por lei, assim primeiramente, junto a conservatória de registo civil da área de morada dos nubentes, estes terão que declarar a intenção de casamento, a publicação da intenção de casamento, por meio de edital, acontecerá logo após, nesta fase poderá qualquer pessoa, que

⁵² RODRIGUES, Silvio – Direito Civil: Direito de Família. Vol. 6 ed. 28ª rev. e atua. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 25.

⁵³ Ibidem.

conheça algum impedimento de determinado casamento, declarar. Após finalização do prazo de publicação seguirá, sendo despacho favorável, o conservador com a autorização do casamento, que terá que ser celebrado nos próximos noventa dias.

CAPÍTULO II – SUJEITOS.

1. IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

1.1. Noções conceituais

Quando se trata de impedimentos matrimoniais existe uma grande diferença ao ser analisados os ordenamentos jurídicos, Português e Brasileiro, assim, deste modo, imprescindível é a distinção e clareza ao conceituar o impedimento matrimonial em ambos os ordenamentos jurídicos.

Impedimento matrimonial de acordo com o sistema jurídico Português é a incapacidade matrimonial, afirma Diogo Leite Campos “*As incapacidades matrimoniais são geralmente designadas por impedimentos matrimoniais, na medida em que impedem a celebração do casamento*”⁵⁴. Esta incapacidade matrimonial distingue-se das incapacidades enumeradas pela lei civil no tocante ao negócio jurídico em geral, ou seja, dizer ser uma pessoa incapaz em relação ao direito de se casar, não quer dizer que seja a mesma pessoa incapaz de realizar um negócio jurídico no geral, explica F. M. Pereira Coelho “*As incapacidades nupciais não são, de fato, as mesmas que a lei admite para os negócios jurídicos em geral. A natureza particular do casamento tem as suas exigências, logo sob este aspeto, podendo dizer-se que dela partem solicitações em dois sentidos diferentes*”⁵⁵, concorda Diogo Leite Campos “*Atentos os fins do casamento, são estabelecidas incapacidades diferentes das da generalidade dos negócios jurídicos, e, em certos casos, é previsto um regime mais severo de invalidades*”⁵⁶.

Deste modo, pode-se afirmar que por força da extrema importância, não só pessoal mais também social, do casamento, vem a lei a ser criteriosa, de modo a evitar que sejam casadas pessoas incapazes, tanto que a averiguação da capacidade dos nubentes em relação ao casamento não é posterior ao ato, mas sim anterior. Portanto, o que a lei pretende fazer é circundar a celebração dos casamentos, no que se refere a capacidade de cada nubente. “*Em resumo direi que a lei pretende rodear de especiais precauções a celebração dos casamentos*

⁵⁴ CAMPOS, Diogo Leite. Op. Cit., p. 202.

⁵⁵ COELHO, F. M. Pereira. Op. Cit., p.248.

⁵⁶ CAMPOS, Diogo Leite. Op. Cit., p. 201 e 202.

quanto à capacidade dos nubentes. Nesta ordem de ideias, estabelece um procedimento particularmente rigoroso e prévio de averiguação das incapacidades”⁵⁷.

Por último, cabe aqui afirmar que, os impedimentos matrimoniais são, de acordo com ordenamento jurídico português, nada mais nada menos que, as incapacidades matrimoniais, contudo, são importante mencionar que estas incapacidades do casamento não são as mesmas das incapacidades gerais dos negócios jurídicos, pois até em termos de invalidades pode ser mais severas as invalidades do casamento.

No que se trata do ordenamento jurídico brasileiro, a este impedimento não se diz incapacidade, mas sim ilegitimidade, pois o impedimento matrimonial não permite o casamento de uma pessoa com determinada pessoa, assim explica Maria Helena Diniz “O impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para o casamento. Impede, portanto, a realização de casamento válido. Se alguém, que careça de alguma das condições exigidas por lei, contrair matrimônio proibido, a norma fulminará de nulidade tal união”⁵⁸, concorda Washington Monteiro e Regina Silva “Impedimentos são circunstâncias que impossibilitam a realização de determinado casamento”⁵⁹. Ainda explica Cristiano Farias e Nelson Rosenvald “Os impedimentos matrimoniais podem ser vistos como proibições decorrentes da lei de que determinadas pessoas possam contrair casamento”⁶⁰.

Deste modo, intende-se por impedimento matrimonial, de acordo com a doutrina brasileira, não uma incapacidade, mas antes uma ilegitimidade, pois obsta o casamento de determinada pessoa com outra determinada pessoa.

Ambos os ordenamentos jurídicos, português e brasileiro, visam com os impedimentos matrimoniais, a união que seja contra a moral e os bons costumes, afirma Maria Helena Diniz “Percebe-se que o objetivo do nosso legislador foi evitar uniões que afetem a prole, a ordem moral ou pública, por representarem um agravo ao direito dos nubentes, ou aos interesses de terceiros, tal a influência que exerce o matrimônio nas relações familiares e em toda esfera social”, diz Diogo Leite Campos “Atenta a importância pessoal e social do casamento, a lei pretende que os casamentos celebrados o sejam entre pessoas com capacidade para o fazerem. E não se limita a deixar a averiguação das capacidades para um momento posterior à celebração do casamento, com a consequente declaração de invalidade deste”⁶¹. Assim,

⁵⁷ Ibidem, p. 201.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p 81 e 82.

⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. Op. Cit., p.126.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 207.

⁶¹ CAMPOS, Diogo Leite. Op. Cit., p. 201.

pode-se afirmar que, os objetivos dos impedimentos matrimoniais de ambos os ordenamentos jurídicos são equivalentes.

No que se trata de conceito de impedimento, na realidade o que diferencia o ordenamento jurídico português do brasileiro é que, o português nos seus impedimentos, distingue aqueles que obsta o casamento com determinada pessoa, obsta o casamento com qualquer pessoa, e por último impede o casamento, levantando obstáculos, mas não impossibilita, isso dar-se ao ser enumerados os impedimentos matrimoniais. Já no ordenamento jurídico brasileiro, quando diz obstar o casamento com qualquer pessoa, ou seja, determinada pessoa não pode casar-se, trata-se de uma incapacidade, figura distinta da do impedimento, quando se refere a obstar o casamento com determinado pessoa, aí sim é um impedimento, e quando impossibilita mas não impede, trata-se de causas suspensivas. Veremos, posteriormente, detalhadamente cada uma destas circunstâncias.

Contudo, ainda aqui, cabe mencionar, que de acordo com o Código Civil Português, por força do artigo 1600.º “Têm capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifique algum dos impedimentos matrimoniais previstos na lei”. Já o Código Civil Brasileiro, ao abordar a capacidade para o casamento, no seu artigo 1517.º a 1520.º, vem a mencionar capazes os nubentes quando atingirem idade núbil, e enumera requisitos a serem seguidos, como a autorização dos pais ou dos representantes legais, ainda cita quando caso de divergência dos pais ou representantes legais, o suprimento pelo juiz quando haja denegação do consentimento, e por fim, a exceção, da não idade núbil dos nubentes, para evitar cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Assim o tratamento da capacidade para o casamento é de certa forma, diferente no Código Civil Brasileiro e no Código Civil Português, pois no brasileiro refere-se puro e simplesmente a idade, e nos impedimentos menciona as ilegitimidades para o casamento, já no português vai-se mais além, diz de um modo geral todos capazes e depois nos impedimentos mencionam os incapazes.

1.2. Enumeração dos impedimentos

Os impedimentos matrimoniais, de acordo com o ordenamento jurídico português, ou seja, de acordo com o Código Civil Português, são enumerados e tipificados nos artigos 1601.º, 1602.º e 1604.º do mesmo Código Civil. Assim, são classificados os impedimentos matrimoniais como impedimentos dirimentes e impedimentos impedientes, dentro dos

impedimentos dirimentes existe uma subdivisão que passa a classificar os impedimentos dirimentes como absolutos ou como relativos.

Em síntese, os impedimentos matrimoniais são dirimentes absolutos (art. 1601.º C.C.P.), dirimentes relativos (art. 1602.º C.C.P.), e por fim, impedientes (art. 1604.º C.C.P.).

Já quando se trata do ordenamento jurídico brasileiro, a classificação dos impedimentos difere da classificação do ordenamento jurídico português, de modo que a lei brasileira, ao mencionar os impedimentos existentes no artigo 1521.º do Código Civil Brasileiro, não enumera os impedimentos classificando-os, o que faz este artigo é citar situações ao qual é proibido celebrar o casamento.

Contudo, pode-se extrair e distribuir, de acordo com os incisos do artigo 1521.º da Legislação Civil Brasileira, os impedimentos matrimoniais em três categorias, são elas: os impedimentos resultantes de parentesco, impedimento de vínculo e impedimento de crime. Porém, no que se trata de impedimento resultante de parentesco, este por sua vez subdivide-se em impedimento de consanguinidade, impedimento de afinidade e impedimento de adoção.

Irei, seguidamente, desenvolver todos estes impedimentos mencionados, de modo a chegar a uma conclusão do que se distingue da legislação portuguesa para com a legislação brasileira.

1.3. Impedimentos dirimentes

Os impedimentos dirimentes produzem como consequência do casamento celebrado, casamento este que seja, na sua realidade, dotado do impedimento dirimente, a anulabilidade do mesmo (art. 1631.º alínea a) C.C.P.). “*Implicam a anulação do casamento que tenha sido contraído apesar da sua existência*”⁶².

Os impedimentos dirimentes são distinguidos em, impedimentos dirimentes absolutos e impedimentos dirimentes relativos.

A estes impedimentos dirimentes são implicados a anulabilidade do casamento de acordo com o artigo 1631.º alínea a) do Código Civil Português, esta anulabilidade pode ser intentada pelos cônjuges, por qualquer parentes deles na linha reta, por qualquer parentes deles na linha colateral até quarto grau, pelos seus herdeiros, pelos adotantes dos cônjuges, e pelo Ministério Público, ainda o curador ou tutor em casos de menoridade, inabilitação ou

⁶² Ibidem, p. 202.

interdição por anomalia psíquica, e por último, em caso de bigamia, pode o primeiro cônjuge intentar a ação de anulação do casamento (art. 1639.º C.C.P.).

1.3.1. Impedimentos dirimentes absolutos

Os impedimentos dirimentes absolutos estão consagrados no artigo 1601.º do Código Civil Português, assim afirma Diogo Leite Campos “*São verdadeiras incapacidades, pois se fundam numa característica da pessoa, impedindo-a de casar seja com quem for.*”⁶³, ou seja, os impedimentos dirimentes absolutos obstam a celebração do casamento com qualquer pessoa, assim determinada pessoa está impedida de se casar seja com quem for, pois na realidade o impedimento recai sobre ela. Assim explica o artigo 1601.º “*São impedimentos dirimentes, obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra pessoa*”, em seguida vem sua alíneas citar os impedimentos que são: a idade, a demência notória, a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, e por último o casamento não dissolvido.

Deste modo, a alínea a) do artigo 1601.º C.C.P., vem a obstar a celebração do casamento do menor de dezasseis anos, sabe-se que o impedimento dirimente absoluto, como ensina Diogo Campos, é uma verdadeira incapacidade, então nesse contexto, não difere do ordenamento jurídico brasileiro, pois a menor idade de dezasseis anos neste é tratada como incapacidade, no ordenamento jurídico português também como incapacidade matrimonial contudo, sendo especificada como impedimento dirimente absoluto.

“*A demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica;*” alínea b) do artigo 1601.º do Código Civil Português, na realidade a intenção do legislador ao impor este impedimento, foi de evitar que estes estados de demência e anomalia psíquica se transmitissem para a prole, assim afirma Pereira Coelho “*Mas cumpre já advertir que a lei não visa aqui, como na generalidade dos negócios jurídicos, a proteção do interesse particular do próprio cônjuge psiquicamente anormal; os interesses que se querem proteger com o impedimento de demência são interesses públicos, de ordem eugénia e social*”⁶⁴, e com objetivo de defesa da sociedade para com este aspeto. Nesse contexto, parece não ter entendido como importante o ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos no que se trata de capacidade, impedimento e causa suspensiva matrimonial, uma vez que não é retratado este aspeto no Código Civil Brasileiro.

⁶³ Ibidem., p. 202

⁶⁴ COELHO, F. M. Pereira. Op. Cit., p. 261.

A alínea c) do artigo 1601.º do Código Civil Português refere-se a monogamia, quando diz impedimento dirimente absoluto “*O casamento anterior não dissolvido, católico ou civil, ainda que o respetivo assento não tenha sido lavrado no registo do estado civil*”. Deste modo, assim como o Brasil, Portugal é um país monogâmico, onde a poligamia é proibida, assume a bigamia repercussão civil e penal, isto dar-se por força do (art. 247.º C.P.P.), que se traduz quando contrair casamento sendo casado ou contrair casamento com pessoa casada, esta pessoa é punida com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. Neste tocante, vale a pena comparar a rigidez do crime de bigamia no Brasil pois pune de dois a seis anos de reclusão, assim o correto é não ser bígamo, mas em caso de ser, antes ser bígamo em Portugal que no Brasil. A este aspeto, reporta-se a um impedimento matrimonial, o ordenamento jurídico brasileiro, diz-se impedimento de vínculo, assim como acontece no ordenamento jurídico português.

Em síntese, trata-se de verdadeiras incapacidades matrimoniais, ou seja, de impedimento dirimente absoluto, de acordo com o sistema jurídico português, a idade inferior a dezasseis anos, a demência notória e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, e a vínculo matrimonial anterior não dissolvido.

1.3.2. Impedimentos dirimentes relativos

Os impedimentos dirimentes relativos são segundo Pereira Coelho “*são mais propriamente ilegitimidades, que se fudam numa relação da pessoa de que se trata com outra ou outras e só lhe proibem o casamento com essa ou essas pessoas*”, ainda explica Diogo Leite Campos “*São ilegitimidades que se fudam numa relação da pessoa para com outra pessoa e só lhe proibem o casamento com essa pessoa ou essas pessoas*”⁶⁵.

Assim, enquanto o impedimento dirimente absoluto obsta a celebração de casamento de determinada pessoa seja com quem for, neste caso o impedimento recai sobre um nubente, impedindo este de casar-se, o impedimento dirimente relativo obsta a celebração de casamento de uma pessoa com outra determinada pessoa, não pode casar-se só com esta pessoa, passando a ser outra já não recai o impedimento dirimente relativo (art. 1602.º C.C.P.).

São os parentescos na linha reta (art. 1602.º a) C.C.P.), assim os ascendentes e descendentes não podem celebrar casamento.

⁶⁵ CAMPOS, Diogo Leite. Op. Cit., p. 202.

O parentesco no segundo grau da linha colateral (art. 1602.º b) C.C.P.), os irmãos também estão proibidos de se casarem, cabe aqui mencionar que este impedimento dirimente relativo recai sobre qualquer tipo de irmãos.

A afinidade na linha reta (art. 1602.º c) C.C.P.), uma vez que a afinidade em linha reta mantém-se mesmo após dissolução do vínculo matrimonial, assim as sogras com genros por exemplo, não podem casar-se.

“A condenação anterior de um dos nubentes, como autor ou cúmplice, por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro.” (art. 1602.º d) C.C.P.), assim um indivíduo que matou, ou tentou matar, a título de cúmplice ou autor, está impedido de se casar com o cônjuge sobrevivente do morto, ou seja, a viúva.

Aos impedimentos dirimentes relativos (art. 1602.º C.C.P.), são implicados a anulabilidade

Vale salientar que, no que se trata dos impedimentos dirimentes relativos, estes são equivalentes aos impedimentos matrimoniais, em comparação, do ordenamento jurídico brasileiro, será estudado mais adiante neste mesmo capítulo.

1.4. Impedimentos impeditivos

Os impedimentos impeditivos estão consagrados no artigo 1604.º do Código Civil Português, estes são impedimentos matrimoniais, mas ao contrário dos impedimentos dirimentes, não impedem por completo a celebração do casamento, antes levantam obstáculos, assim os impedimentos impeditivos não impossibilitam a celebração do casamento, mas antes impõem barreiras à celebração do casamento. “*Dizem-se impedimentos impeditivos os factos que obstem à celebração do casamento, mas que não determinam a anulação deste se, apesar da sua existência, o casamento vier a ser celebrado. Não geram verdadeiras incapacidades matrimoniais, constituindo simples proibições do casamento. A violação das normas que os consagram dá apenas lugar a sanções de outra ordem, que não a invalidade do casamento, sanções variáveis muitas vezes de caso para caso*”⁶⁶. Assim diz Diogo Leite Campos “*aplicam outras sanções menos rigorosas do que a anulabilidade*”⁶⁷, enfatiza Pereira Coelho “*Não originam, pois, verdadeiras incapacidades no sentido em que*

⁶⁶ LIMA, Pires; VARELA, Antunes – Código Civil Anotado. Vol. IV. 2ª ed., rev. e atu. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

⁶⁷ CAMPOS, Diogo Leite. Op. Cit., p. 202.

este conceito é correntemente utilizado, mas simples proibições legais de contrair casamento, sob pena de sanções distintas da anulabilidade e menos severas do que ela”⁶⁸.

Os impedimentos impeditivos, salvaguardados no artigo 1604.º do Código Civil Português, são: “a) A falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento do nubente menor, quando não suprida pelo conservador do registo civil;” este impedimento recai sobre os nubentes que tenham de dezasseis anos até dezoito anos, assim pode ser suprida a autorização pelo conservador do registo civil, desde que o menor justifique a celebração do casamento e tenha suficiente maturidade física e psíquica (art. 1612.º C.C.P.). “b) O prazo internupcial;” sendo mulher é de trezentos dias, já sendo homem são de cento e oitenta dias o prazo internupcial, este impedimento recai sobre pessoas que tiveram o casamento anterior dissolvido, declarado nulo ou anulado, enquanto não decorra este prazo não podem voltar a casar, contudo se a mulher provar não está grávida, passando o prazo de cento e oitenta dias, poderá ela casar-se, e se o casamento tiver dissolvido por morte, estando eles separados judicialmente, tendo já decorrido os prazos até trânsito julgado da sentença, cessa este impedimento (art. 1605.º C.C.P.). “c) O parentesco no terceiro grau da linha colateral;” nesta situação pode o conservador do registo civil conceder a favor e assim dispensar o impedimento (art. 1609.º n.º 1 a) e n.º 2 C.C.P.). “d) O vínculo de tutela, curatela ou administração legal de bens;” pode ser dispensado pelo conservador do registo civil (arts. 1608.º e 1609.º n.º 1 b) e n.º 2 C.C.P.) “e) O vínculo de adoção restrita;” tratado este impedimento no artigo 1607.º e mencionado a sua possível dispensa no artigo 1609.º n.º 1 c) e n.º 2 e 3, ambos os artigos do Código Civil Português. “f) A Pronúncia do nubente pelo crime de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro, enquanto não houver despronúncia ou absolvição por decisão passada em julgado;” ou seja, mesmo antes de trânsito julgado o impedimento, só sendo o indivíduo absolvido ou despronunciado. Este impedimento veio a garantir, uma vez que o impedimento dirimente só valerá após trânsito julgado, antes de trânsito julgado ainda não há criminoso, mas sim arguido, e por força do princípio *in dubio pro reo*, vem o impedimento impeditivo salvar o impedimento dirimente, fazendo recair o impedimento impeditivo antes de trânsito julgado.

Sendo alguns impedimentos impeditivos dispensáveis e outros não, veio a existir essa classificação de impedimentos que é dispensável ou não dispensável, deste modo, é o artigo 1609.º do Código Civil Português que cita os impedimentos dispensáveis.

⁶⁸ COELHO, F. M. Pereira. Op. Cit., p. 279.

Cabe aqui mencionar os artigos 1649.º e 1650.º do Código Civil Português, que tratam de sanções especiais aquando impedimentos impedientes.

Os impedimentos impedientes enumerados no artigo 1604.º do Código Civil Português, são de mera exemplificação, uma vez que outros impedimentos desta natureza podem ainda resultar do artigo 184.º do Código do Registo Civil de Portugal, “*o conservador perante quem correr o processo de casamento vier a celebrar-se o casamento civil deve exigir as necessárias licenças aos indivíduos que delas careçam segundo o regulamento das suas funções ou as leis especiais aplicáveis*”⁶⁹.

1.5. Impedimentos resultantes de parentesco

1.5.1. Impedimento de consanguinidade

O impedimento de consanguinidade (*impedimentum consanguinitatis*), visa, de modo geral, a proibição de casamentos incestos e a concupiscência no mesmo ambiente familiar, também visa este impedimento, para além dessas razões morais citadas, a razão biológica quando se trata de malformação somática, problemas psíquicos, no que se diz respeito a prole, visando sua preservação. “*A proibição ao incesto é justificável. Em primeiro lugar, porque os estudos biológicos indicam uma alta probabilidade de malformações físicas e psíquicas das pessoas oriundas de relacionamentos entre parentes. Depois, por força da densidade da moral social (coletiva), também é estendido tal impedimento a vários modelos de parentesco*”⁷⁰.

Assim, vem o artigo 1521.º I, do Código Civil Brasileiro, proibir o casamento dos ascendentes com descendentes, sendo este parentesco natural ou civil. Portanto, não podem contrair casamento pai com filha, avô com neta, bisavô com bisneta e assim sucessivamente, seja qual for o grau de parentesco da linha reta será sempre proibido o casamento.

Cabe aqui mencionar que, o parentesco de linha reta tanto pode ser matrimonial, como pode ser concubinário ou esporádico, será sempre proibido esse casamento. A questão aqui a ser posta, uma vez que o parentesco de linha reta mesmo sendo de convívio, concubinário ou esporádico, será sempre impedido, contudo, quando não for provado livremente este parentesco, o casamento será celebrado mesmo sendo um casamento incestuoso.

⁶⁹ Ibidem, p. 296.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 213 e 214.

*“O impedimento matrimonial abrange tanto o parentesco natural como o civil. O parentesco, relação que vincula entre si pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral, é, efetivamente, natural ou civil, segundo seja criado pela natureza (consanguinidade) ou pela lei (adoção). O mesmo ocorrerá quer se trate de irmãos bilaterais... ou irmãos unilaterais...”*⁷¹.

O impedimento de consanguinidade estende-se também para os irmãos, podendo ser estes unilaterais⁷² ou bilaterais⁷³, e para os colaterais de até 3º grau, assim cita o artigo 1521.º inciso IV, do mesmo Código Civil.

Contudo, é de extrema importância aqui mencionar que, o impedimento por consanguinidade do 3º grau da linha colateral pode ser vencido, o de 2º grau da linha colateral é que em hipótese alguma poderá acontecer, assim tios e sobrinhas podem casar-se, casamento avuncular⁷⁴, se médicos procederem com exames, onde ateste a sanidade mental dos nubentes, e afirmar não inconveniente, em relação a saúde da prole que advém desta união, será permitido o casamento, deixando de ser impedimento o 3º grau da linha colateral, em caso de a decisão médica ser negativa, ou seja, não atestar a sanidade ou saúde dos nubentes e da prole, o impedimento vigorará e não será permitido o casamento (Decreto-Lei nº 3.200 arts. 2.º § 4.º e 7.º) e Lei n.º 5.891 de 12 de junho de 1973⁷⁵. Essa exceção dada ao impedimento do 3º grau da linha colateral é dada por força do Decreto-Lei nº 3.200/41.

1.5.2. Impedimento de afinidade

O impedimento de afinidade (*impedimentum affinitatis*), está consagrado no artigo 1521.º inciso II do Código Civil Brasileiro, onde afirma *“Não podem casar os afins em linha reta”*. Explica Maria Helena Diniz *“Parentesco por afinidade é aquele que se estabelece em virtude de casamento, ou união estável, entre um dos cônjuges, ou entre um dos companheiros, e os parentes do outro. P. ex., o pai do cônjuge é parente por afinidade do*

⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. Cit., p.127.

⁷² Os irmãos unilaterais podem ser consanguíneos (nascido do mesmo pai porém de mães distintas), ou uterinos (nascidos de mesma mãe porém de pais diferentes). Os irmãos unilaterais terão sempre uma diferença na geração, ou de mãe ou de pai.

⁷³ Os irmãos bilaterais, ou até chamados de germanos, são irmãos nascidos de justas núpcias, têm o mesmo pai e a mesma mãe.

⁷⁴ Designação pouco usada, mas assim foi designado o casamento entre tios e sobrinhos pela Antropologia.

⁷⁵ O médico ao atestar a sanidade física e mental dos nubentes, assim como o exame pré-nupcial, evita não somente o propagar de doenças infectocontagiosas e a transmissão de taras congênicas, assim como o nascimento de um filho deformado ou doente, também dentro desse contexto é reduzido o índice de morte infantil.

outro cônjuge (sogro ou nora); o irmão do cônjuge é parente afim do irmão do outro cônjuge (cunhados)”⁷⁶, ou seja, afinidade é o vínculo atribuído aos parentes naturais do cônjuge ou companheiro, assim afirma-se afinidade, todo o parentesco que decorre de um casamento ou união estável, são os sogros que são os pais do cônjuge, os cunhados que são os irmãos do cônjuge (art. 1595.º C.C.B.).

Cabe aqui mencionar que, o parentesco por afinidade em linha reta nunca se dissolve, de modo que não existe ex-sogra ou ex-sogro, mesmo dissolvendo o casamento o parentesco por afinidade na linha reta se perpetuará, assim se uma pessoa casar-se e divorciar-se três vezes terá ela três sogras e três sogros, fez isso o legislador de modo a impedir o casamento por pessoas afins na linha reta (art. 1595.º § 2.º C.C.B.), a afinidade em linha transversal é diferente, neste caso, dissolvido o casamento os afins em linha colateral podem casar-se, assim o cônjuge viúvo pode-se casar com a irmã da falecida esposa. “*Vale o destaque de que reconhecida a invalidade (nulidade ou anulabilidade) do casamento ou da união estável, desaparece, naturalmente, o parentesco por afinidade, cessando, por consequência lógica, o impedimento*”⁷⁷.

Vale salientar que este impedimento por afinidade foi criado, fundamentado, de acordo com a moral e os bons costumes, assim afirma Cristiano Farias e Nelson Rosenvald “*entendendo presentes razões de ordem moral, o legislador estabelece uma regra pela qual esta relação parental não se extingue nunca*”⁷⁸, em concordância Maria Helena Diniz “*O impedimento de afinidade tem fundamento moral*”⁷⁹.

1.5.3. Impedimento de adoção

O impedimento de adoção (*impedimentum cognationis legalis*) é estabelecido no artigo 1521.º incisos I, III e V do Código Civil Brasileiro. “*Impedimento de adoção... para velar... pela legitimidade das relações familiares e pela moral do lar, evitando-se que a comunidade se veja empanada pelo surto de paixões que forçosamente determinariam um relaxamento moral nas relações de pessoas que coabitam*”⁸⁰.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 88.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 4ª ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 215.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 89.

⁸⁰ Ibidem, p. 89.

Pelo inciso I do artigo 1521.º “os ascendentes com os descendentes de vínculo ou parentesco civil”, pelo inciso III do mesmo artigo “*o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;*” ou seja, no que se trata da proibição do casamento do adotante com quem foi cônjuge do adotado é o mesmo que vínculo por afinidade em linha reta, por exemplo sogro com nora ou padraсто com enteada, este impedimento já o tinha sido feito no inciso II do mesmo artigo, e pelo inciso V do artigo 1521.º “*o adotado com o filho do adotante*”, ou seja, trata-se nada mais, nada menos que a proibição do casamento de irmãos, que também é feita no inciso IV do artigo 1521.º deste mesmo Código.

Parece-me supérfluo, no meu ponto de vista, a menção feita pelo legislador em relação ao impedimento de adoção, uma vez que o adotado torna-se filho e assim automaticamente descendente do adotante, deste modo, e por força do artigo 227.º § 6.º da Constituição Federativa do Brasil “*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*”, deste modo, é mais que claro que o adotado é filho, assim, não se tem a necessidade de ser mencionado o termo adotado como ocorre nos incisos III e V do artigo 1521.º do Código Civil do Brasil. Afirma Washington Monteiro e Regina Silva “*Desnecessária a estipulação expressa de tais impedimentos, já que a adoção cria o parentesco civil, que se equipara, para todos os efeitos, ao parentesco consanguíneo*”, em concordância Cristiano Farias e Nelson Rosendal “*nos parece desnecessário, por não haver distinção entre filhos adotivos e biológicos*”.

No ordenamento jurídico português vem o, (art. 1607.º C.C.P.), salvaguardar este impedimento, tratando-se de um impedimento de vínculo de adoção, ao qual é proibido o casamento do adotante com seus parentes em linha reta, com o adotado ou seus descendentes; do adotado com o que foi cônjuge do adotante; do adotante com o que foi cônjuge do adotado; e dos filhos adotivos da mesma pessoa. Quando se trata de adoção restrita, essa pode haver dispensa e a partir daí deixar de ser proibido o casamento (art. 1609.º n.º 1 c) C.C.P.).

1.6. Impedimento de vínculo

O impedimento de vínculo (*impedimentum ligamis seu vinculis*) está consagrado no inciso VI do artigo 1521.º do Código Civil Brasileiro “*Não podem casar as pessoas casadas*”, o que visa esse impedimento é a bigamia, esta estar consagrada tanto no Código Civil como no Código Penal dos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil. Assim, a monogamia é a forma mais adequada da família, no qual vários autores dizem a poligamia ser o estágio menos avançado da moral, e como a figura da família ideal visa principalmente a moral aí dar-se a monogamia. A família monogâmica acontece em vários países civilizados onde predomina o cristianismo.

Assim vem o C.P.B. no seu artigo 235.º punir a bigamia como crime, cuja sanção é de dois a seis anos de reclusão, para a pessoa que sendo casada contrair novo casamento.

Contudo, vale apenas mencionar que, os separados judicialmente não podem contrair casamento “*Do exposto percebe-se que os separados extrajudicial ou judicialmente, antes de obterem o divórcio, não poderão convolar novas núpcias*”⁸¹, antes uma união de fato, também chamada de união estável, de acordo com o artigo 1723.º § 1.º do Código Civil Brasileiro. “*A possibilidade de configuração de união estável diante de mera separação de fato de um dos companheiros exige que no seu casamento não haja mais comunhão de vidas ou coabitação*”⁸².

Outra questão aqui a ser posta é a do cônjuge ausente, neste caso terá que acontecer a presunção de morte do cônjuge ausente, depois de morte presumida automaticamente o vínculo do matrimônio dissolve-se, passando a ser viúvo o cônjuge sobrevivente, e assim poderá contrair novo casamento sem que se diga bigamia. “*Casamento válido dissolve-se pela morte, tanto real, efetiva, como também presumida*”⁸³, Salvo disposto (art. 1571.º § 1.º C.C.B.).

1.7. Impedimento de crime

O impedimento de crime (*impedimentum criminis*), consagrado no artigo 1521.º inciso VII do Código Civil do Brasil, vem a proibir o casamento do criminoso, por homicídio ou

⁸¹ Ibidem, p. 91.

⁸² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. Cit., p. 130.

⁸³ Ibidem, p. 131.

tentativa de homicídio, com o cônjuge sobrevivente, contra seu consorte. Assim, estão proibidos de se casarem a viúva com o assassino que matou seu cônjuge falecido.

Se houve ou não cumplicidade neste delito, não interessa para ser aplicado este impedimento, ou seja, o cônjuge tenha participado ou não, do homicídio, seja tentado ou consumado, contra o outro cônjuge, não vem ao caso, sempre será imperativamente aplicado o impedimento de crime.

A questão aqui discutida é a que ponto chega a ser justo este impedimento, pois na ideia de Paulo Nader *“se o delito teve por objetivo tornar o cônjuge sobrevivente livre para convolar núpcias com o seu autor ou cúmplice, o fato é repulsivo e justifica plenamente o impedimento. Quando o delito não resulta de plano diabólico para viabilizar o consórcio, a proibição legal é discutível do ponto de vista axiológico. O interesse no casamento pode surgir muito tempo após o fato, revelando-se para o caso, injustificável a vedação legal”*⁸⁴, contudo, Sílvia Rodrigues tem opinião contrária *“Não me seduz a ideia de presumir a cumplicidade num crime; antes cuido que a existência dessa prova representa um elenco de segurança para o cônjuge sobrevivente”*⁸⁵.

Na minha humilde opinião, penso ser o impedimento de crime um lógico impedimento, não só com o intuito de salvaguardar o cônjuge sobrevivente, mas também de afastar aquele que foi, ou tentou ser, o assassino do seu cônjuge falecido, quando compara Paulo Nader, a situação diabólica, se for o homicídio para afastar pessoa do cônjuge sobrevivente, e não diabólico se o homicídio não foi de intenção viabilizar o consórcio, está a ser infeliz, completamente infeliz no meu ver, pois pelo motivo que seja, será sempre diabólico quando um indivíduo tira a vida de outro. Concorro plenamente com o posicionamento de Sílvia Rodrigues, pois não se presume cumplicidade a ideia é outra, a de proteção.

Vale salientar que o impedimento de crime só se aplica a crime doloso, uma vez que no crime culposos não houve intenção de matar um cônjuge para ficar com outro. Em caso de prescrição, sendo extinta a punibilidade, não há espaço para o impedimento matrimonial. Já quando se trate de anistia ou perdão, continua a vigorar o impedimento.

⁸⁴ NADER, Paulo – Curso de Direito Civil: Direito de Família, vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 105.

⁸⁵ RODRIGUES, Sílvia – Direito Civil: Direito de Família. 27ª ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2002. P 30.

1.8. Oposição dos impedimentos matrimoniais

A oposição dos impedimentos matrimoniais trata-se de um ato praticado por uma pessoa, sendo esta legítima e capaz, que faz conhecer o impedimento existente a determinado casamento, ou seja, quando uma pessoa conhece um certo impedimento matrimonial e o faz transparecer, dando conhecer a todos a existência de determinado impedimento matrimonial. Assim a pessoa leva até o oficial ou juiz a existência de certo impedimento matrimonial entre os nubentes.

Assim os impedimentos matrimoniais salvaguardados no artigo 1521.º do Código Civil Brasileiro, podem ser opostos por qualquer pessoa, sendo esta capaz, até o momento da celebração do casamento, de acordo com o artigo 1522.º do mesmo código. Uma vez que seja do conhecimento do juiz ou oficial de registro o impedimento, estes são obrigados a declarar o impedimento. Em relação a forma a ser observada ao ser declarado um impedimento vem o artigo 1529.º do Código Civil do Brasil enfatizar que a oposição de impedimentos matrimoniais são feitas de forma escrita seguida da assinatura do oponente, sendo acompanhada pelas provas que alegue determinado impedimento, em caso de não acompanhamento das provas é necessário a indicação de um lugar onde as provas possam ser obtidas.

Após estas formalidades será, pelo oficial do registro, dado aos nubentes a nota da oposição, sendo indicado os fundamentos, as provas e a pessoa que declarou oposição (art. 1530.º C.C.B.), vem o parágrafo único deste mesmo artigo dar o direito aos nubentes de defesa quando eles estejam em discordância da oposição, assim podem os nubentes requerer um prazo para provar em contrário, e uma vez que esteja o oponente de má-fé ainda podem os nubentes fazer promoção de ação civil e criminal contra o mesmo oponente.

Já no ordenamento jurídico português, praticamente o mesmo se passa, a declaração dos impedimentos está salvaguardada no artigo 1611.º do Código Civil Português, no qual no número 1.º deste mesmo artigo, vem a ser assegurado a qualquer pessoa o poder de declarar qualquer impedimento matrimonial que tenham conhecimento, uma vez que são de interesse público o obedecer dos impedimentos matrimoniais vem a lei a abranger o poder de declarar o impedimento a todos que o conheçam, deste aspeto é também importante mencionar que a veracidade do impedimento declarado será sempre averiguada, de modo a evitar declarantes mal motivados.

Assim para evitar a declaração de falsos impedimentos vem, (art. 245.º C.R.C.P.), impor forma a declaração de impedimento, onde terá que ser feita por escrito autêntico ou autenticado, se for verbal tem que ser lavrado pelo funcionário e assinado pelo mesmo, assim como assinado pelo declarante. Em caso de a declaração não ter fundamento recairá sobre o declarante a obrigação de indemnizar os nubentes por danos culposamente causado, ainda responderá por crime de falsidade em caso de ter o declarante agido com dolo (art. 252.º n.º 2 C.R.C.P.).

Ainda vem o, (art. 1611.º n.º 2 C.C.P.), enfatizar a obrigatoriedade para o Ministério Público e funcionários do registo civil da declaração do impedimento assim que tenham conhecimento, uma vez que para as pessoas no geral, a declaração do impedimento matrimonial é optativa, podendo ser do conhecer de certa pessoa más a mesma não ser motivada a declará-lo, e assim não o fazer, o mesmo não se passa com o Ministério Público e com os funcionários do registo civil, a estes recaem a obrigação de fazer declarados os impedimento matrimoniais que conheçam.

De acordo com o número 3.º do artigo 1611.º do Código Civil de Portugal, só poderão casar uma vez que cessar ou for dispensado ou ainda julgado improcedente o impedimento matrimonial declarado. Vale salientar que feita qualquer declaração de impedimento matrimonial fica automaticamente suspenso o processo de casamento.

2. CAUSAS SUSPENSIVAS DO CASAMENTO

2.1. Noções conceituais

As causas suspensivas atuam de modo a recomendar que determinados nubentes não se casem mediante certas circunstâncias, assim para os nubentes que estejam em enquadramento de alguma das circunstâncias mencionadas no artigo 1523.º do Código Civil Brasileiro, a eles lhe são advertidos a fato de não se casarem, daí vem a expressão utilizada pelo legislador nesse mesmo artigo “*Não devem casar*”. Assim as causas suspensivas existem no ordenamento jurídico do Brasil, ou seja, no Código Civil Brasileiro, o mesmo não ocorre no ordenamento jurídico de Portugal.

Contudo, ainda mediante o não dever de casar, não esta impedida a celebração de determinado casamento, o que faz diferenciar os impedimentos matrimoniais das causas suspensivas, os impedimentos matrimoniais proíbem, obsta a celebração do casamento, de

maneira que declara interdito o direito de certo casamento, já no que se trata das causas suspensivas, estas trabalham em campo distinto, uma vez que trata-se de uma advertência, um conselho, uma recomendação para que os nubentes não se casem quando se encontra em determinada situação.

Assim explica Cristiano Farias e Nelson Rosenvald “*Percebe-se, pois, que as causas suspensivas não têm natureza proibitiva, mas sim inibitória, procurando obstar a realização de matrimônios enquanto não adotadas providências acautelatórias do interesse de terceiras pessoas. Resguardam, pois, situações particulares que atingem a família dos nubentes ou eles mesmos, sem repercussão social*”⁸⁶.

Deste modo é correto a afirmação de que as causas suspensivas não é de interesse público, estando os nubentes em determinada situação ao qual esta se encontra prevista no artigo 1523.º do Código Civil do Brasil, e assim consecutivamente estarão os nubentes mediante uma causa suspensiva, não quer dizer que os mesmo não poderão casar-se, ao contrario, pois ainda assim o direito de se casarem mantem-se, contudo com uma certa consequência que é a imperatividade da aplicação do regime de separação obrigatória de bens (art. 1641.º I C.C.B.). Esta imperatividade de regime de separação de bens também acontece em Portugal, por força do artigo 1720.º do Código Civil Português, contudo só em situações em que determinado casamento seja celebrado sem procedência do processo preliminar e, tendo um dos nubentes ou ambos mais de cinquenta e nove anos.

Contudo, cabe aqui mencionar que, apesar de no direito de família regulado no Código Civil Português existir em determinadas situações a imperatividade da aplicação do regime de separação total de bens, não pode haver confusão com as causas suspensivas matrimoniais do direito civil do Brasil, apesar de a este também ser imposto o regime de separação total de bens.

A imperatividade do regime de separação de bens, no direito português, é consequência de “o casamento celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento” (art. 1720.º n.º 1 a) C.C.P.) e “o casamento ser celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade” (art. 1720.º n.º 1 b) C.C.P.).

A distinção, do direito do Brasil, é a minuciosidade que teve o Código Civil do Brasil ao enumerar as causas em que teria que imperativamente prevalecer o regime de separação total de bens, aquando a lei de Portugal foi mais precisa ao dizer todo e qualquer casamento contraído sobre falta de procedimentos preliminares ao casamento.

⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 222.

“A única consequência decorrente da preterição de uma causa suspensiva é a imposição do regime de separação obrigatória de bens no matrimônio, afastando a vontade das partes, em nome da proteção de certas pessoas”⁸⁷.

Deste modo, vale salientar que, o principal objetivo das causas suspensivas é a proteção patrimonial do interesse de determinadas pessoas ou ainda a proteção da perfilhação da prole.

“Essas causas suspensivas são estabelecidas no interesse da prole do leito anterior; no intuito de evitar a confusio sanguinis e a confusão de patrimônios, na hipótese de segundas núpcias; ou no interesse do nubente, presumivelmente influenciado pelo outro”⁸⁸.

2.2. Enumeração das causas suspensivas

As causas suspensivas estão enumeradas e reguladas no artigo 1523.º do Código Civil Brasileiro, ao qual são citadas circunstâncias em que a lei faz a observação dizendo que os nubentes não devem se casar, assim vem mencionar o inciso I - *“o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros”*; II *“a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”*; III *“o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal”*; inciso IV *“O tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas”*.

Deste modo, são as causas suspensivas enumeradas pelos incisos do artigo 1523.º do Código Civil do Brasil. Assim, o casamento do viúvo ou viúva que não fez inventário dos bens deixados pelo *“de cujus”*, o casamento contraído por viúva ou mulher cujo casamento anterior foi declarado nulo ou anulado, o casamento de divorciado quando não homologada ou decidida a partilha de bens do casal, e o casamento de tutor ou curador, seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com o tutelado ou curatelado, serão todos estes casamentos contraídos sobre predominância e existência de causa suspensiva.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 94.

2.3. Oposição das causas suspensivas

A oposição das causas suspensivas tem um leque mais restrito, isso dar-se pelo fato de que as causas suspensivas não tem repercussão do interesse público, assim ficam as causas suspensivas restritas, no que se trata de sua oposição, aos parentes em linha reta de um dos nubentes, podendo ser parente consanguíneo ou por afinidade, e os colaterais em segundo grau, também sendo consanguíneo ou por afinidade.

Deste modo, ao contrário do que se passa nos impedimentos matrimoniais, a oposição das causas suspensivas não podem ser promovida pelo oficial do cartório de registro civil nem sequer o Ministério Público, não sendo as causas suspensivas provocada oficiosamente não poderá em ofício ser obstado a habilitação do casamento ou até a celebração do casamento.

*“Considerando que as causas suspensivas estão distanciadas do interesse público, é fácil inferir que não pode o oficial do cartório do registro civil e, nem mesmo, o magistrado, suscitá-las de ofício, obstando o andamento do procedimento de habilitação para o casamento ou da própria cerimônia ... Considerando, pois, que o interesse presente nas causas suspensivas é estritamente particular, sequer o Ministério Público poderá provocá-las”*⁸⁹.

Esta restrição a oposição das causas suspensivas dar-se por força do artigo 1524.º do Código Civil do Brasil que vem a esclarecer e especificar as pessoas que, quando interessadas, poderão promover a oposição das causas suspensiva, *“as causas suspensivas da celebração do casamento podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins”*.

*“Por outras palavras, as causas suspensivas, porque interessam precipuamente à família, só podem ser arguidas pelos parentes próximos; nem o representante do Ministério Público tem direito de fazê-lo”*⁹⁰.

Contudo, é de salientar que, ainda diante desta restrição as pessoas que podem arguir as causas suspensivas de determinado casamento, existem exceções que permitem determinadas pessoas que tenham interesse direto nas causas suspensivas, mas não se enquadre nas mencionadas no artigo 1524.º do Código Civil do Brasil, possam promove-las. É o caso de o ex-cônjuge da mulher que pretende casar-se novamente sendo divorciada a menos de dez meses e estando prestes a ter um filho (art. 1523.º II C.C.B.), neste caso em concreto, mesmo

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 223.

⁹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. Cit., p. 144.

não sendo o ex-cônjuge citado no artigo 1524.º do mesmo Código, terá ele total direito em arguir a causa suspensiva por ter sido diretamente interesse atingido, ou seja, existe um interesse jurídico a ser protegido por poder ser o pai da criança.

Cabe ainda aqui mencionar que, quando arguida a oposição a causa suspensiva a mesma tem que ser feita por escrito e acompanhada da assinatura do que argui a causa suspensiva, não obstante também é necessário a apresentação das provas do fato arguido, e em caso de falta de provas a indicação do lugar onde estas possam ser obtidas (art. 1529.º C.C.B.).

“Em caso de oposição, o oficial do Registro dará aos nubentes, ou seus representantes, nota da causa suspensiva arguida, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu (Cód. Civil, art. 1.53, caput). A oposição será feita nos próprios autos de habilitação, seja quem for o oponente. Notificados, os contraentes podem requerer prazo para oferecer provas contrárias ao alegado (Cód. Civil, art. 1.530, parágrafo único). Os autos serão remetidos ao juiz, e este decidirá a respeito do prazo e das provas a serem apresentadas. Finda a instrução e ouvido o Ministério Público, o juiz decidirá (Lei n. 6.015, de 31-12-1973, art. 67, § 5º)”⁹¹.

Não estando satisfeitos os nubentes com certa causa suspensiva promovida, e querendo eles provarem contrário, poderão os nubentes requererem um prazo razoável para apresentarem prova em contrário ao fato alegado pelo oponente, podendo ainda os nubentes mover ação civil e criminal contra oponente de má-fé (art. 1530.º, parágrafo único, C.C.B.).

2.4. Causas suspensivas estabelecidas em enleio patrimonial

Os incisos I e III, do artigo 1523.º do Código Civil Brasileiro, estabelecem causas suspensivas que têm como objetivo evitar confusões patrimoniais que decorrem da celebração de novos casamentos, isto dar-se por trata-se de património pertencente ao antigo casamento de modo a evitar que este confunda-se com o património do novo casamento.

Deste modo, dar-se primeiramente, de acordo com o inciso I do artigo 1523.º C.C.B., a incumbência ao viúvo ou viúva, que tendo filhos do casamento anterior dissolvido, não se casar antes de realizar a partilha dos bens deixados pelo falecido cônjuge, o que se pretende neste caso é salvaguardar o património deixado para os filhos, de maneira a impedir que esse património seja considerado como bens dos cônjuges, ou seja, dos novos cônjuges, do novo casamento.

⁹¹ Ibidem, p. 145.

*“O objetivo do legislador ao fazer tal recomendação foi evitar que o acervo patrimonial, em que são interessados os filhos do primeiro leito, se confunda com o da nova sociedade conjugal, obstando a que as novas afeições e criação da nova prole influenciem o bínubo no sentido de prejudicar os filhos do antigo casal. De forma que, com a exigência do inventário e partilha dos bens do primeiro casal, apura-se o que pertence à prole do casamento anterior”*⁹².

*“Além disso, antes de realizar a necessária partilha (separando os bens que ficarão para os filhos), os bens titularizados pelo cônjuge supérstite sofrem a incidência da hipoteca legal, constituindo o próprio legislador um direito real de garantia em favor dos filhos. É o que decorre da inteligência do art. 1.489, II, estatuinto hipoteca legal em favor dos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior”*⁹³.

O inciso III do artigo 1523.º do Código Civil do Brasil, recomenda que *“o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal”*.

Esta causa suspensiva decorre de quando um dos nubentes seja divorciado e cujo os bens do casamento anterior ainda não foram partilhados. Casos como esse dar-se por força do artigo 1581.º do Código Civil do Brasil que permite o divórcio sem que haja prévia partilha de bens, assim os bens comuns do casal permanecem nesse estado, podendo ser seguidos de partilha posteriormente, estará neste caso o património comum do antigo casal a título de condomínio, que poderá ser dividido quando seja do interesse de ambos, seguido de regras do procedimento de partilha, sendo regras sucessórias (art. 1320.º C.C.B.).

*“Por outras palavras, não há impedimento ao casamento de pessoa divorciada e tampouco existe vedação à decretação do divórcio sem partilha de bens (Cód. Civil, art. 1.581). Entretanto, não havendo partilha de bens do antigo casal, a nova sociedade conjugal somente será constituída se o regime de bens for o da separação total (Cód. Civil, art. 1.641, I)”*⁹⁴.

Neste caso, mais uma vez, como aconteceu no inciso I do mesmo artigo, pretende-se evitar confusões patrimoniais, do antigo casamento com o novo casamento. Em caso de ser explícito e notório, assim como provado, a inexistência de qualquer prejuízo patrimonial para o ex-cônjuge, poderá o juiz dizer dispensada a causa suspensiva por não incidência.

⁹² DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 94.

⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. Op. Cit., p. 224 e 225.

⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. Cit., p. 143.

2.5. Causas suspensivas em enleio sanguíneo

“A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;” deste modo que vem, o artigo 1523.º inciso II do Código Civil Brasileiro, estabelecer um determinado prazo, uma espécie de quarentena, como intuito de resguardar a presunção de paternidade, de modo que não haja confusão de sangue em relação a paternidade se é do casamento anterior ou do novo nubente, esta confusão sanguínea é conhecida como *tubartio sanguinis*.

Assim, qualquer mulher que tenha o seu casamento dissolvido e pretenda casar-se novamente, dentro de um período menor que dez meses, irá recair sobre seu novo casamento uma causa suspensiva por enleio sanguíneo. Isso dar-se por força da presunção de paternidade, pois entende-se ser o pai da criança o seu ex-marido, vem o artigo 1597.º inciso II do Código Civil Brasileiro presumir os filhos concebidos na constância do casamento *“nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”*.

*“O prazo máximo da gestação é de dez meses (Cód. Civil, art. 1.597, II). Para evitar incerteza na filiação (turbatio sanguinis), a lei determina à viúva aguarde a expiração daquele prazo para passar a novas núpcias. Incerta seria, por exemplo, a paternidade do filho nascido no sétimo mês do segundo casamento de sua mãe, realizado três meses após a morte do primeiro marido. O recém-nascido tanto poderia ser filho deste como do segundo consorte”*⁹⁵.

*“Por evidente, a referida norma abrange, igualmente, a mulher divorciada, uma vez que a obtenção do divórcio não mais está submetida a qualquer lapso temporal, como consagrado pela Emenda Constitucional 66/10”*⁹⁶.

Realmente merece concordância a extensão da aplicação da norma para os vínculos conjugais dissolvidos por meio de divórcio, contudo nos dias de hoje, chega até a ser ultrapassada essa causa suspensiva, uma vez que com o avanço da ciência em relação a paternidade e maternidade, no tocante do exame de DNA (no Brasil) e ADN (assim chamado em Portugal, não existe espaço para uma presunção de paternidade quando se trate de uma união dissolvida a menos de dez meses.

Fica assim claro que, em caso de dúvida em relação a paternidade de uma criança, é mais fácil, criteriosos e preciso fazer o exame de DNA, e assim não restará sombras de

⁹⁵ Ibidem, p. 142.

⁹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 226.

dúvidas a este respeito. Por conta disso que venho a concordar com doutrinários que discordam dessa causa suspensiva, como o Camilo de Lélis Colani Barbosa “*nada que a ciência genética hoje não possa superar*”. E ainda, com mais ênfase o Fábio Ulhoa Coelho afirma essa causa suspensiva “*Trata-se de mais uma velharia da lei*”.

Contudo, essa causa suspensiva somente será aplicada quando não seja provada que a nubente não está grávida, deste modo, seguindo de exame médico que ateste não grávida a nubente, o casamento acontecerá sem aplicação do regime de separação total de bens, ou seja, sem aplicação da causa suspensiva por enleio sanguíneo.

2.6. Causa suspensiva estabelecida em enleio de curador ou tutor

A causa suspensiva estabelecida em enleio de curador ou tutor está consagrada no Código Civil Brasileiro, no artigo 1523.º inciso IV - “*o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas*”.

Assim leciona Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “*A intenção do legislador nesse caso é de afastar um eventual prejuízo patrimonial dos tutelados ou curatelados. Por isso, os tutores e curadores não devem casar com os seus pupilos ou curatelados enquanto perdurar o múnus público ou enquanto não apresentarem regular prestação de contas. Evita-se, com isso, que se exerça uma eventual pressão sobre a pessoa que está sob direção de outra, bem como se obsta que se mascare uma eventual dilapidação do patrimônio alheio*”⁹⁷.

Cabe aqui mencionar a extrema preocupação da lei ao ser tão rígida, pois não só abrange os tutores ou curadores como também os seus descendentes e ascendentes, seus irmãos, cunhados e sobrinhos, de modo que a proteção do patrimônio seja ampliada. Pensa-se assim que estas pessoas abrangidas pela norma, são pessoas diretamente ligadas ao tutor ou curador, e por isso poderiam agir na defesa deles.

Assim diz Arnaldo Rizzardo “*Coloca a lei um freio à possível cobiça do tutor ou curador sobre os bens administrados e pertencentes ao tutelado ou curatelado. Vigê o impedimento enquanto durar a tutela e curatela, e enquanto não pagas ou quitadas as*

⁹⁷ Ibidem, p. 226.

respetivas contas, isto é, desde que nenhuma obrigação perdurar da relação entre o responsável o e incapaz”⁹⁸.

2.7. Não aplicação da causa suspensiva

Como já foi mencionado, as causas suspensivas têm como objetivo a proteção das pessoas que são próximas aos nubentes, assim como aos próprios nubentes, em relação a determinadas circunstancias que podem vir a por em risco certos interesses particulares, contudo com a exclusão do interesse social.

É deste modo que vêm, o parágrafo único do artigo 1523.º do Código Civil Brasileiro, permitir a dispensa da aplicação da causa suspensiva, desde que se prove a não existência de prejuízos, nas determinadas hipóteses. *“É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo”*⁹⁹.

*“O pedido de dispensa das causas suspensivas pode ser feito na própria habilitação para o casamento ou posteriormente, através de ação própria ou incidentalmente em alguma outra ação (como inventário e a separação) e pressupõe a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei”*¹⁰⁰.

Vale salientar que, como não obsta o casamento as causas suspensivas, podem os nubentes ainda assim se casarem, contudo, imperativamente, o regime aplicado no casamento será o de separação total de bens (art. 1641.º I C.C.B.).

⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit., p. 48.

⁹⁹ Parágrafo Único do artigo 1523.º do Código Civil. 62.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. p. 251.

¹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 227.

CAPÍTULO III – PROCESSO PRELIMINAR, FORMA E VÍCIOS.

1. PROCESSO PRELIMINAR DO CASAMENTO

1.1. Caracterização da habilitação do casamento

Devido a importância social do casamento, como já mencionado anteriormente, o casamento é precedido do processo de habilitação, neste processo os nubentes estão sujeitos a provar suas respectivas capacidades para contrair casamento. Como se sabe, presume-se a aptidão para atos civis em geral. *“O casamento é daqueles atos de direito privado para os quais os interessados devem demonstrar uma aptidão específica, legitimação para contrair matrimônio.”*¹⁰¹

O verdadeiro objetivo do processo de habilitação do casamento é evitar a celebração de casamentos que desrespeitem a forma legal. *“O processo de habilitação envolve uma série de precauções, cuja finalidade é impedir que o casamento se realize com inobservância de formalidades legais, dentre as quais a capacidade matrimonial, ou infração de algum impedimento dos que a lei consigna. Ele revela a atitude preventiva do Estado, no propósito de evitar a realização de casamentos vedados por lei”*¹⁰².

Assim afirmam os professores Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira *“A exigência de uma forma para o negócio defende as partes contra sua leviandade ou precipitação; obtém-se, assim, uma clara e completa expressão da vontade; marca-se a separação entre as simples negociações e os termos definitivos do negócio; enfim facilita-se a prova da declaração negocial fugindo dos perigos da prova testemunhal, cuja extrema falibilidade é bem conhecida”*¹⁰³.

Deste modo, é manifestado duas posturas no processo de habilitação pelo Estado, a postura preventiva e a postura repressiva.

A preventiva quando é proibida celebração de determinado casamento quando neste existe certo obstáculo. *“A atitude preventiva do Estado, transparente através do processo de*

¹⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit., p. 54.

¹⁰² RODRIGUES, Sílvio. Op. Cit., p. 25.

¹⁰³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit., p. 275.

habilitação, consiste principalmente em dar publicidade, mediante editais, ao projetado casamento, convocando, assim, quaisquer pessoas que saibam de algum impedimento para que venham opô-lo, evitando que o enlace malsinado se realize”¹⁰⁴.

E repressivo quando, em caso da realização do matrimônio dotado de algum impedimento matrimonial, dar-se lugar a uma sanção pecuniária.

Assim, é neste processo que, por exemplo, se pessoa já casada tenciona contrair novo casamento, por força da publicação dos editais, alguém que tenha conhecimento do estado civil desta pessoa, venha a declarar, de acordo com a lei, opondo o impedimento, e por consequência evitará que a bigamia seja praticada.

O processo de habilitação para o casamento, de acordo com a legislação brasileira, é regulado nos artigos 1525.º e seguintes do Código Civil do Brasil, e esta matéria também é regulada pela Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, artigos 67.º a 69.º, a habilitação no Brasil é feita diante do oficial de registro civil e, se por consequência for impugnado qualquer documentação ou pedido pelo Ministério Público, os autos serão encaminhados para o juiz que irá decidir, sem recurso (art. 1526.º C.C.B.).

Em Portugal, sendo o processo preliminar de casamento é realizado em qualquer conservatória do registo civil, assim esta matéria está regulada de acordo com o Código de Registo Civil.

1.2. Documentos que informam a habilitação

O processo de habilitação é feito mediante apresentação de documentos, *“Trata-se de um procedimento, pois devem ser apresentados vários documentos que seguem um caminho em busca da habilitação para o ato.”¹⁰⁵*

Assim determina o artigo 1525.º do Código Civil Brasileiro que, o requerimento para habilitação é assinado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou quando seja pedido, por procurador, devendo ser seguido dos documentos:

I- Certidão de nascimento ou documento equivalente.

Neste caso pode ser apresentada a carteira de identidade, como documento equivalente.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Silvío. Op. Cit., p. 26.

¹⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit., p. 55.

*“A certidão de nascimento destina-se a comprovar, em primeiro lugar, que os nubentes atingiram a idade mínima para o casamento.”*¹⁰⁶

*“Examinando a certidão de nascimento, o oficial do registro civil apura, também, se os noivos têm mais de sessenta anos de idade. Basta que um deles tenha ultrapassado esse limite para que o casamento seja realizado obrigatoriamente no regime de separação de bens.”*¹⁰⁷

- II- Autorização das pessoas que estiverem sob subordinação legal, ou ato judicial que supra a autorização.

Neste caso é dependente o incapaz, pois necessita da autorização para contrair matrimônio, dos seus representantes legais, assim como para os menores de dezoito anos é necessário o consentimento de ambos os pais, por meio de autorização *“Visto que a idade núbil é de 16 anos, os menores de 18 anos necessitarão da autorização. Ambos os pais devem autorizar ... O poder familiar cabe aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.”*¹⁰⁸

Em caso de o menor não ser reconhecido pelo pai deverá ser munido de autorização da mãe.

*“Note que a autorização para contrair matrimônio expedida pelos pais, tutores ou curadores pode ser revogada até celebração do casamento.”*¹⁰⁹

*“O surdo-mudo somente poderá casar validamente se receber educação adequada, que o habilite a enunciar a sua vontade.”*¹¹⁰

- III- Declaração feita por duas testemunhas que sejam maiores de idade, podendo ser parente ou não, que afirmem conhecê-los e declarem não existir impedimento, que iniba os nubentes de se casar.

*“Destina-se a completar a identificação dos contraentes e reforçar a prova da inexistência de impedimentos para a realização do casamento.”*¹¹¹ Essa declaração poderá ser afirmada por parentes ou estranhos.

- IV- Certidão do estado civil, do domicílio e da residência, sendo esta certidão atual, dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto – Sinopses jurídicas: Direito de Família. Vol. 2. 16.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 16.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 17.

¹⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit., p. 56 e 57.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 57.

¹¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit., p. 18.

¹¹¹ Ibidem.

Esta declaração é assinada pelos próprios nubentes “*Visa, como é óbvio, identificá-los com a maior precisão possível, permitindo que se fixem todos os dados a seu respeito.*”¹¹²

Em caso de que haja dúvida na veracidade desta declaração, ou seja, em relação a veracidade do endereço indicado pelos nubentes, poderá o Ministério Público requerer outras provas, ou demarcação de ofício junto de outros documentos pelo juiz competente para ser seguida a homologação da habilitação.

Sendo verificado, pela declaração referida, que os nubentes residem em morada distinta a mencionada nesta declaração, terá que ordenar o oficial público que sejam publicados os editais numa e outra residência.

- V- Certidão de óbito do falecido cônjuge, de sentença declaratória, transitada em julgado, de nulidade ou de anulação de casamento, ou o registro da sentença de divórcio.

Estes documentos têm finalidade de impedir que seja realizado casamento de pessoa já casada, pois esta situação trata-se de impedimento matrimonial. Assim só poderá contrair novo casamento, a pessoa que provar ter seu vínculo matrimonial anterior devidamente dissolvido, de modo que a estrutura monogâmica do casamento seja devidamente observada, e por consequência seja evitada a bigamia.

“*Enquanto não provada a morte do cônjuge, persiste o estado de casado. Na hipótese de morte ocorrida em naufrágio ou outra catástrofe, quando não for possível localizar o cadáver e estiver provada a presença da pessoa no local, pode ser admitida a justificação para o assento de óbito.*”¹¹³

“*Fala a lei apenas no registro da sentença de divórcio. Todavia, sendo divorciado um ou ambos os nubentes, mostra-se necessária a apresentação, também, da própria sentença e decisões posteriores, se houver, a respeito da partilha, pois, inexistindo a divisão de bens, ocorrerá a causa suspensiva prevista no inciso III do art. 1.523, impondo, conforme o caso (parágrafo único do referido artigo), o regime da separação legal de bens (CC, art. 1.641, I).*”¹¹⁴

¹¹² RODRIGUES, Silvio. Op. Cit., p. 31.

¹¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit., p. 58.

¹¹⁴ RODRIGUES, Silvio. Op. Cit., p. 31.

No caso do processo preliminar em Portugal, os documentos exigidos são os mencionados no artigo 137.º do Código de Registo Civil Português, são eles:

- I- Declaração dos nubentes (art. 135.º C.R.C.P.).
Nesta declaração deverá conter todos os dados dos nubentes, nome completo, idade, estado, naturalidade e morada atual dos nubentes. Assim como, nome completo dos pais e a menção do falecimento quando for o caso, nome completo e morada atual do tutor ou curador quando seja o caso, data de óbito de cônjuge falecido, ou de divórcio, ou de anulação de casamento anterior, com data de trânsito julgado, a indicação de algum dos nubentes ter filhos, salvo se o regime seja imperativo, a modalidade de casamento, a convenção antenupcial quando haja, salvo se o regime for imperativo, e por fim, quando seja o caso, a declaração expressa de que nenhum impedimento obsta a celebração deste casamento.
- II- Documento de identificação dos nubentes, em caso de serem estrangeiros terá que ser apresentada a autorização de residência, passaporte ou documento equivalente.
Se for representado por procurador, fica dispensada a apresentação deste documento.
- III- Em caso de celebração, a certidão de escritura da convenção antenupcial.
- IV- Se o nubente for estrangeiro deverá apresentar a certidão de nascimento.
- V- Não havendo tutela instituída, é necessário a apresentação de atestado de óbito de pai ou mãe falecido, caso seja menor o nubente, e os pais tenham exercido o poder paternal.
- VI- Em caso de ser novas núpcias, de acordo com o artigo 139.º do Código de Registo Civil de Portugal, é necessário a prova de dissolução, declaração de nulidade ou anulação de casamento anterior, sendo averbadas os certificados de notoriedade, pelas certidões de óbito ou da sentença. E caso de omissão de algumas destas certidões mencionadas, é aplicado o artigo 81.º do mesmo Código de Registo Civil, deste modo poderá ser suprida a omissão oficiosamente, em caso de ser a omissão suprida por iniciativa dos interessados, poderá ser apresentada certidão do assento consular do casamento ou óbito ocorrido no estrangeiro.

1.3. Suprimento do consentimento

Sabe-se que a idade núbil é diferente da idade de capacidade civil, deste existem casos em que, um dos nubentes ou ambos, tenham entre dezasseis anos e dezoito, assim para que seja celebrado o casamento é necessário o consentimento dos pais (de ambos os pais), ou tutores e curadores quando seja o caso, este consentimento é dado por meio de uma autorização do casamento. (art. 1517.º C.C.B. e art. 1612.º nº 1 C.C.P.).

*“Aliás, desde o advento da igualdade constitucional entre o homem e a mulher, é natural que o consentimento tenha de ser concedido por ambos os pais, respeitando o pleno exercício do poder familiar.”*¹¹⁵

Só será aceite o consentimento (autorização) de um dos pais, ou seja, o consentimento unilateral do poder paternal, quando o outro genitor for falecido, ou estiver exonerado do poder paternal, ou em caso de ser dada a ausência por meio judicial.

Contudo, há casos em os nubentes estão desprovidos do consentimento dos seus respetivos assistentes. Mediante esta situação pode ser suprido o consentimento dos assistentes por meio judicial, é o que chama-se suprimento judicial do consentimento dos assistentes. (art. 1612.º nº 2 C.C.P. e parágrafo único do art. 1631.º e art. 1519.º C.C.B.).

É neste aspeto de discordância de vontades, entre nubente menor e seus pais, que pode vim a existir o suprimento judicial do consentimento. O suprimento é feito pelo juiz através de sentença, proferida em procedimento de voluntária jurisdição, requerida pelo próprio nubente maior de dezasseis anos e menor de dezoito, ou pelo outro nubente que também está em interesse na celebração do casamento, sendo dado início pelo Ministério Público.

Sendo requerido pelo nubente menor, este terá que ser assistido pelo seu defensor, podendo ser da defensoria pública ou advogado constituído. Quando for acompanhado o menor núbil de advogado constituído, terá que ser nomeado um curador, o curador, por sua vez, terá papel de extrema importância, pois irá estabelecer uma mediação entre conflito de interesse do nubente menor e seus pais.

Diz-se o suprimento judicial do consentimento ter como objetivo sanar conflitos entre pais e filhos, podendo servir como remédio quando se trata de pais injustos e que exercem o poder paternal com abuso de autoridade.

“Deverá o magistrado, contudo, proceder com extremo cuidado e cautela ao analisar o pleito de suprimento de consentimento para não estar, por via oblíqua, afrontando o poder

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 230.

*familiar e, tampouco, autorizando um matrimônio impensado ou decorrente de impulsos frenéticos e apaixonados, com visível proteção a um adolescente.”*¹¹⁶

Sendo o pedido de suprimento judicial de consentimento atendido, ou seja, deferido, será expedido alvará, e será autorizada a celebração do casamento, deverá ser junto aos autos do procedimento de habilitação, o alvará.

Cabe, ainda aqui, salientar que, o consentimento dado pelos pais, tutores ou curadores, pode ser revogado até data de celebração do casamento (art. 1518.º C.C.B.).

1.4. Suprimento de idade

Quando o nubente for menor de dezasseis anos, será cabível o suprimento judicial de idade quando, para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal (Lei nº 11.106/05 e art. 1520.º C.C.B.), ou em caso de gravidez.

*“O suprimento de idade não dispensa, por outro lado, a necessidade de consentimento dos genitores, razão pela qual é possível imaginar um suprimento judicial de idade e de consentimento dos pais, concomitantemente.”*¹¹⁷

Em Portugal a idade inferior a dezasseis anos é considerada como impedimento dirimente absoluto (art. 1601.º a) C.C.P.).

Vale salientar que, o casamento realizado por meio de suprimento judicial terá como consequência imperatividade do regime de separação total de bens.

Outra questão é a da emancipação do incapaz, pois uma vez casado o menor torna-se emancipado (art. 132.º C.C.P. e art. 5.º II C.C.B.), ou seja, torna-se capaz plenamente (art. 133.º C.C.P.). A dissolução do casamento do menor não trará consigo novamente a incapacidade (art. 1561.º C.C.B.).

1.5. O processo de habilitação

*“As formalidades a cumprir antes da celebração são várias e constituem um encadeamento de actos, um “processo” – o processo preliminar de casamento, para o qual qualquer conservatória do registo civil tem competência.”*¹¹⁸ (art. 134.º C.R.C.P.).

¹¹⁶ Ibidem, p. 231.

¹¹⁷ Ibidem, p. 233.

¹¹⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit., p. 277.

O processo preliminar de casamento (art. 1610.º C.C.P.), ou também designado processo de habilitação do casamento no Brasil, é iniciado por meio de declaração de casamento (art. 135.º C.R.C.P. e art. 1525.º C.C.B.), esta declaração deve ser assinada pelo próprio punho dos nubentes e feita pessoalmente, ou por meio de um procurador, e instaurada no perante oficial do registo civil.

A declaração, por sua vez, deve ser apresentada instruída com os documentos que informem a habilitação (art. 1525.º C.C.B. e arts. 136.º, 137.º e 139.º C.R.C.P.).

O processo preliminar do casamento, ou habilitação, será de competência do oficial (art. 143.º C.R.C.P. e art. 1526.º C.C.B.).

Será seguido o processo de habilitação com a publicação do edital durante quinze dias (art. 1527.º C.C.B.), *“caso estes residam em circunscrições distintas, qualquer uma delas será competente para realizar a habilitação (art. 67 da Lei n.º 6.015/73). Mas a publicação de editais deverá ser realizada, nesse caso, em ambas as circunscrições.”*¹¹⁹

Em caso de urgência do casamento poderá ser dispensada a publicação (parágrafo único do art. 1527.º C.C.B.).

A publicação de editais já não acontece em Portugal, a publicidade do processo de casamento é feita pelo direito de acesso a cópia da declaração de requerimento feita pelos nubentes. *“O processo preliminar de casamento é público, na parte que respeita à declaração dos elementos previstos nas al. a), b), c), e g) do n.º 2 do art. 136.º (art. 140.º, n.º 1); mas a publicidade do processo é agora garantida apenas pelo direito à obtenção de cópia, certificada ou com mero valor de informação, da parte da declaração para casamento que contém os elementos previstos no art. 140.º, n.º 1 (art. 140.º, n.º 2).”*¹²⁰

Uma vez feitas todas as diligências pelo oficial do registo, será dado o despacho final, proferindo a autorização dos nubentes para celebração do casamento (art. 144.º C.R.C.P. e art. 1613.º C.C.P., e art. 1531.º C.C.B.).

Findo o processo de habilitação terão os nubentes o prazo de seis meses seguidos para realização do casamento (art. 1614.º C.C.P.), esse prazo no Brasil é de noventa dias a contar, após extração do certificado de habilitação (art. 1532.º C.C.B.).

Contudo, como na maioria dos processos, podem ocorrer incidentes, neste caso os incidentes podem ser, impedimentos ou causas suspensivas do matrimônio, neste caso o processo é encaminhado ao juiz (art. 1526.º C.C.B.). A declaração de impedimento está regulada nos artigos 245.º e 252.º do Código de Registo Civil Português e artigo 1529.º do

¹¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. Cit., p. 112.

¹²⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit., p. 278.

Código Civil do Brasil. Poderão os nubentes deduzirem prova em contrário (art. 249.º C.R.C.P. e parágrafo único do art. 1530.º C.C.B.), que caberá ao juiz decidir (art. 250.º C.R.C.P.), cabe recurso a sentença (art. 251.º C.R.C.P.).

2. CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

2.1. Formalidades da celebração do casamento

Uma vez seguidos todos os requisitos antecedentes a celebração do casamento, e estando os nubentes habilitação para se casarem, é dado início às formalidades da celebração do casamento, ou seja, é marcado dia, hora e local de realização do casamento, em comum acordo dos nubentes e do conservador do cartório de registro civil.

Cabe aqui mencionar que, uma vez estando os nubentes munidos do certificado de habilitação do casamento, estes deverão fazer a celebração do casamento nos próximos seis meses de acordo com a lei civil de Portugal (art. 1614.º C.C.P.), e quando se trata do ordenamento jurídico do Brasil, a mesma celebração terá que ser realizada dentro de noventa dias (art. 1532.º C.C.B.).

A solenidade e a publicidade são as formalidades da celebração do casamento (art. 1534.º C.C.B. e art. 1615.º C.C.P.), deste modo é imperativo que a cerimônia seja pública e munida de certos atos, ou seja, esta está sujeita às solenidades de acordo com a lei civil.

*“São dois os princípios fundamentais que o artigo 1615.º destaca para a disposição introdutória do capítulo que trata da celebração do casamento civil. O primeiro é o da publicidade ... O segundo princípio proclamado no artigo 1615.º é o do caráter solenizado do contrato de casamento.”*¹²¹

*“Dada a importância que a lei atribui ao casamento, principal forma de constituição da família, o legislador, tradicionalmente, rodeia sua celebração de considerável número de formalidades, não só com o intuito de garantir a livre manifestação de vontade e de chamar a atenção dos nubentes para a relevância do ato que estão praticando, como também com o propósito de dar a maior publicidade possível à realização do matrimônio.”*¹²²

Deverão estar presentes no ato da celebração os nubentes, ou o procurador quando seja o caso, as duas testemunhas (as testemunhas podem ser ou não familiares dos nubentes) e o

¹²¹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. Op. Cit. p. 124 e 125.

¹²² RODRIGUES, Silvio. Op. Cit. p. 59.

Oficial do Registro (art. 1616.º C.C.P.), ainda acrescenta a lei civil do Brasil, ao exigir a presença do juiz de paz ou do juiz de direito, será o presidente do ato e lavrará o registro.

Cabe ainda aqui mencionar que, a lei civil do Brasil permite que seja celebrado o casamento em outra repartição, edifício público ou particular, distinta do Cartório de Registro Civil (art. 1534.º C.C.B.), desde que seja, ainda assim observadas as solenidades imperativas da lei e que seja feita a celebração com as portas abertas de modo a respeitar a publicidade da celebração. Contudo, ao invés de duas testemunhas, terão, os nubentes, que apresentar quatro testemunhas (art. 1534.º § 1.º e § 2.º C.C.B.).

2.2. Casamento por procuração

Há situações em que no ato de celebração do casamento não poderá estar presente o nubente, deste modo vem a lei civil autorizar a realização do casamento por procuração (art. 1542.º C.C.B. e art. 1620.º C.C.P.).

*“A verdade, porém, é que o casamento por procuração corresponde a uma necessidade séria criada por muitas situações, necessidade sentida com relativa frequência num país como o nosso, de fortes correntes emigratórias e com uma população dispersa por territórios geograficamente bastante afastados.”*¹²³

*“O preso, por exemplo, pode se casar por procuração, caso seja impedido o seu comparecimento em juízo ou na casa de audiências para realizar a cerimônia.”*¹²⁴ Neste caso não fica inobservado o direito de se casar do nubente preso, como muito pode ser proibido, o mesmo, de comparecer na celebração do casamento.

Neste caso, terá que se apresentar o procurador, devidamente munido de documento público, e que lhe tenha sido determinado poderes especiais para o ato. Há distinção do direito civil de Portugal ao direito civil do Brasil neste aspeto é que, no primeiro só poderá um dos nubentes ser representado por procuração *“É lícito a um dos nubentes fazer-se representar por procurador na celebração do casamento”*¹²⁵ Enquanto, no Brasil não se é explícita esta questão *“O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.”*¹²⁶

¹²³ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. Op. Cit. p. 133.

¹²⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme – Curso Completo de Direito Civil. 2ª ed. rev. e atu. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 1010 e 1011.

¹²⁵ Artigo 1620.º n.º 1 do Código Civil Português.

¹²⁶ Artigo 1542.º do Código Civil Brasileiro.

Em relação ao efeito da procuração, este cessa quando revogado, por morte do constituinte ou do procurador, ou até pela interdição ou inabilitação destes (art. 1621.º C.C.P. e 1542.º § 1.º, 3.º e 4.º C.C.B.). *“A extinção da eficácia da procuração tem como primeira consequência que o procurador deixa, de fato ou de direito, de poder intervir na celebração do casamento, em nome do principal ou mandante.”*¹²⁷

2.3. Suspensão da celebração do casamento

*“Como é sabido, o casamento é resultado de uma decisão firme, livre e íntegra dos nubentes, devendo ser imediatamente suspensa a celebração caso notar a autoridade oficiante a mínima vacilação.”*¹²⁸

Assim, ainda tendo sido feito todo o processo antecedente do casamento, é necessário o consentimento atual de cada nubente, podendo não ser realizada a cerimônia de casamento caso algum dos nubentes, ou ambos, se arrependam no momento de aceitação do casamento, ou seja, no momento do “sim”.

Vem o Código Civil do Brasil, em seu artigo 1538.º enumerar algumas suposições ensaiadas que resultam na suspensão do casamento, são elas: I- recusar a solene afirmação da sua vontade; II- declarar que esta não é livre e espontânea; III- manifestar-se arrependido.

*“É imprescindível que seja clara e audível a resposta à pergunta formulada pela autoridade oficiante. Não se admite o silêncio e nem a subordinação da resposta afirmativa a termo ou condição.”*¹²⁹

Já o ordenamento jurídico civil Português, no seu artigo 1617.º C.C.P., vem a consagrar o princípio da atualidade do consentimento mútuo. *“Para que seja válido o casamento, exige-se que os nubentes prestem o seu consentimento no próprio momento da celebração. Não vale, para o efeito, qualquer declaração de vontade anteriormente emitida, seja tácita, seja expressa.”*¹³⁰

Ainda, no Código Civil de Portugal é salvaguardado, o caráter estreitamente pessoal do consentimento mútuo no ato da celebração do casamento (art. 1619.º C.C.P.).

*“Trata-se apenas de acentuar uma outra faceta dos negócios pessoais, relativamente à intervenção dos nubentes na celebração do casamento.”*¹³¹

¹²⁷ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. Op. Cit. p. 137.

¹²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 69.

¹²⁹ Ibidem, p. 70.

¹³⁰ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. Op. Cit. p. 128.

¹³¹ Ibidem, p. 132.

*“A vontade de casar com alguém tem de ser manifestada pessoalmente por cada um dos nubentes, seja no ato de celebração do matrimónio, seja no momento em que é emitida a procuração ad nuptias.”*¹³²

Vale salientar que, em caso de ser dado o entendimento da necessidade de suspensão da celebração do casamento, e assim ser feito, não poderá o mesmo nubente retratar-se no mesmo dia, ou seja, não poderá arrepender-se da suspensão do casamento no mesmo dia (paragrafo único do art. 1538.º C.C.B.).

2.4. Momento da celebração

O momento da celebração, é o momento em que os nubentes dizem aceitar o casamento, ou seja, aceitar os efeitos jurídicos, tantos pessoais quanto patrimoniais, que recaem sob cada um dos cônjuges. (art. 1535.º C.C.B. e art. 1618.º C.C.P.).

*“O princípio estabelecido... é o da aceitação integral dos efeitos do casamento. Os nubentes não podem casar, declarando que aceitam apenas alguns dos efeitos do matrimónio, excluindo os restantes.”*¹³³

Uma vez dado o consentimento dos nubentes, considera-se celebrado o casamento, e nesse momento é declarado em alta voz, em Portugal *“Em nome da Lei e da República Portuguesa, declaro (menciona os nomes completos dos cônjuges) unidos pelo casamento”* (art. 155.º n.º 2 C.R.C.P.). No Brasil *“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”* (art. 1535.º C.C.B.).

A seguir à celebração do casamento, deve-se ser registrado o casamento (art. 1536.º C.C.B. e art. 1.º d) C.R.C.P.).

*“O assento tem por função a publicidade e o respectivo meio de prova, inclusive do regime de bens.”*¹³⁴

“Na realidade, o registo não contende com a existência nem, em rigor, com a validade ou mesmo com a eficácia do acto, mas só com a sua prova; simplesmente, o registo é a única prova legal legalmente admitida do casamento, o qual, enquanto não for registado, não pode ser invocado (tudo se vindo a passar, portanto, como se não tivesse efeitos) quer pelas

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem, p. 129.

¹³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. Cit. p. 150.

peças a quem respeita, seus herdeiros ou representantes, quer por terceiros (arts. 1669.º CCiv e 2.º CRegCiv).”¹³⁵

2.5. Casamentos urgentes

Existem casos excepcionais em que o legislador permite, ser realizado um determinado casamento, sem que tenha sido observado e seguido todos os procedimentos legais, imperativos por lei, que antecedem o casamento, ou seja, é dado o direito de casar-se a nubentes em que não realizarão o processo preliminar do casamento.

“Tendo em vista a circunstância excepcional de um dos nubentes se encontrar em iminente risco de vida, precisando casar-se para alcançar os efeitos civis do matrimônio, permite a lei a sua celebração, com dispensa das mais importantes formalidades, tais o processo de habilitação e a publicação de proclamas.”¹³⁶

“Quando Haja fundado receio de morte próxima de algum dos nubentes, ainda que derivada de circunstâncias externas, ou iminência de parto, o casamento pode celebrar-se independentemente de processo preliminar e sem intervenção do funcionário do registo civil. Os casamentos celebrados nestas circunstâncias denominam-se urgentes e o seu formalismo é muito simples.”¹³⁷

No caso da lei Portuguesa, é claro o artigo 1622.º do Código Civil, ao mencionar que em caso de receio fundado de morte próxima ou iminência de parto, de um dos nubentes, é permitida a celebração do casamento urgente. Nestes casos, as formalidades reduzem-se a uma proclamação, oral ou escrita, feita na porta de casa onde estejam presentes os nubentes, em caso de falta do funcionário do registo civil, qualquer pessoa presente poderá celebrar o casamento, os nubentes terão que expressar seu consentimento perante quatro testemunhas, tendo que duas delas não serem parentes sucessíveis dos nubentes, e por fim será redigida a ata do casamento que terá que ser assinada por todos os presentes (art. 156.º C.R.C.P.).

Deve ser redigida uma ata do casamento, de acordo com as devidas formalidades, assinada pelos intervenientes (art. 156.º c) C:R.C.P.), em caso de já ter sido feito processo preliminar de casamento, o conservador dará despacho final dentro de três dias (art. 159.º n.º 2 C.R.C.P.), em caso de não haver processo preliminar de casamento, o conservador irá

¹³⁵ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit. p. 286 e 287.

¹³⁶ RODRIGUES, Silvio. Op. Cit. p. 62.

¹³⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit. p. 289 e 290.

organizar oficiosamente, com base na ata do casamento, dentro de trinta dias (art. 159.º n.º 1 e 4 C.R.C.P.).

O casamento urgente está sujeito a homologação (art. 159.º n.º 5 C.R.C.P. e art. 1623.º C.C.P.), contudo há casos em que a não homologação estar justificada (art. 1624.º C.C.P.).

Já quando se trata da lei do Brasil, esta foi mais minuciosa ao tratar de casamentos urgentes, ao ser comparada com a lei de Portugal. Uma vez que é tratado cada caso ou circunstância de maneira distinta, dependendo do grau de iminência de cada uma.

O artigo 1539.º do Código Civil do Brasil, vem a ocupar-se dos casos de moléstia grave, neste caso o casamento será celebrado onde encontre-se o nubente impedido, mesmo que durante a noite, perante duas testemunhas que, obrigatoriamente, saibam ler e escrever. “*A autoridade competente para presidir o casamento pode celebrá-lo na casa do enfermo e em qualquer horário (à noite, nos casos de urgência, ou nos finais de semana). De qualquer forma, não pode ser prejudicada a publicidade do ato e deve ser providenciada a presença de duas testemunhas que saibam ler e escrever.*”¹³⁸ O termo avulso será registrado nos próximos cinco dias a contar da celebração do casamento (art. 1539.º § 2.º C.C.B.).

Já quando se trata de iminente risco de vida, de um dos nubentes, poderá mediante seis testemunhas, que não tenham grau de parentesco com os nubentes em linha reta, colateral ou até segundo grau, ser celebrado o casamento urgente não obtendo a presença da autoridade à qual incumba a presidência do ato, nem do seu substituto (art. 1540.º C.C.B.). “*Não sendo possível aguardar a chegada da autoridade competente, ou de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas.*”¹³⁹

O casamento em caso de iminente risco de vida é também designado por casamento nuncupativo.

Uma vez realizado o caso casamento nuncupativo, nos próximos dez dias deverão, as seis testemunhas, comparecer à presença do juiz, para declarar seus atos, e assim ser o assento lavrado, registrado no livro do registro de casamento (art. 1541.º C.C.B.).

¹³⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. Cit. p. 1011.

¹³⁹ Ibidem.

3. EXISTÊNCIA VALIDADE E EFICÁCIA DO CASAMENTO

3.1. Existência do casamento

Quando se trata da existência do casamento, é necessário salientar que neste plano de existência não é discutido a validade ou eficácia do casamento, assim quando se diz respeito a existência do casamento, o que realmente está em questão são as condições mínimas necessárias de preenchimento para que possa ser produzido efeito jurídico o casamento, e assim consecutivamente ser admitido como ato relevante para o Direito da Família.

*“Nessa levada, o matrimônio inexistente é o que não possui os elementos fáticos que a sua natureza supõe e exige como condição existencial, conduzindo a sua falta à impossibilidade de sua formação. Assim, frustrados os elementos de existência, não existe na órbita jurídica, não podendo produzir, por conseguinte, qualquer efeito jurídico. É o não-casamento, um nada jurídico.”*¹⁴⁰

Reconhece o Supremo Tribunal Federal, por sua nova orientação da jurisprudência superior, como os elementos necessários para a existência do casamento, ou seja, os pressupostos do casamento para sua existência, como sendo a existência do consentimento dos nubentes e que a celebração do matrimônio seja realizada perante autoridade competente.

*“O Código Civil brasileiro não se referiu de modo expresse ao ato inexistente, por se tratar de mero fato, inábil à produção de consequências jurídicas.”*¹⁴¹

O mesmo vem a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico português, uma vez que o artigo 1628.º do Código Civil de Portugal, prever como casos de inexistência os casamentos celebrados por incompetente funcional para determinado ato, casamento celebrado mediante falta de declaração de vontade de um ou ambos nubentes, o casamento urgente não homologado, o casamento celebrado mediante procurador cujo efeito da procuração já tivesse cessado.

Cabe ainda aqui mencionar que, não se deve confundir o casamento inexistente com o casamento putativo, uma vez que o casamento inexistência não produz qualquer efeito jurídico, pois o que não existe na esfera jurídica não pode criar efeitos no mundo jurídico.

¹⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 245.

¹⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. Cit. p.166.

*“Como casamento inexistente é um nada jurídico, não produzindo qualquer efeito, jamais poderá ser reconhecido como putativo, mesmo que as partes estejam de boa-fé. É que não se pode emprestar efeitos (como decorre da putatividade) ao que não existe.”*¹⁴²

*“Se o legislador atribuísse efeitos a uniões meramente privadas, isso possibilitaria fraudes perigosíssimas. Ficaria aberta a porta para, mediante provas forjadas, se transformarem em casamentos putativos situações de puro concubinatos.”*¹⁴³

3.2. Validade do casamento

Uma vez sendo o casamento existente é que pode-se verificar o plano da sua validade. Neste caso o que estará em questão são os requisitos exigidos, imperativamente, por lei. Pode-se afirmar que no âmbito da existência e validade do casamento, uma coisa leva a outra, pois uma vez que se é averiguado os requisitos impostos por lei, ou seja, o casamento é válido, obrigatoriamente é um casamento existente, em caso de ser um casamento inexistente jamais poderá o mesmo ser válido.

Neste contexto é analisado com devido rigor o assunto da autonomia privada em seus limites, o consentimento como vontade exteriorizada, assim como a forma, o objeto e conteúdo do casamento.

*“Ao contrário do plano da existência, no qual são aferidos os pressupostos existenciais, aqui a análise diz respeito aos requisitos erigidos pelo sistema jurídico positivo como condições necessárias para a adequação, a conformidade, daquele matrimônio.”*¹⁴⁴

No plano de invalidade do casamento existe uma grande diferença ao ser comparado o sistema jurídico do Brasil ao sistema jurídico de Portugal. Essa diferença dar-se, uma vez que, no Direito de Família do Brasil, há como suposição, dentro do campo da invalidade do casamento, a nulidade e a anulabilidade.

*“De logo é preciso lembrar que dentro do plano da validade do negócio jurídico estão incluídas não apenas a s hipóteses de nulidades, mas, por igual, os casos de anulabilidades. Por isso, tanto as nulidades quanto as anulabilidades são espécies do gênero invalidade do negócio jurídico, variando quanto à intensidade em absolutas e relativas, respetivamente.”*¹⁴⁵

¹⁴² Ibidem, p. 246.

¹⁴³ LIMA, Pires de; Varela, Antunes. Op. Cit. p. 158.

¹⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 250.

¹⁴⁵ Ibidem.

Já ao se tratar do Direito da Família de Portugal, no plano da invalidade, somente há a anulabilidade como hipótese de invalidade.

*“O regime da invalidade do casamento apresenta diferenças notáveis em relação ao regime geral da invalidade dos negócios jurídicos. Nos negócios jurídicos em geral, a invalidade analisa-se em três graus: inexistência, nulidade e anulabilidade. Contudo, em Direito matrimonial civil não há nulidade do matrimónio, mas só anulabilidade.”*¹⁴⁶

3.2.1. Casamento nulo

Quando o casamento é contraído de forma que viole os preceitos do artigo 1548.º do Código Civil do Brasil é considerado nulo. Desta forma o casamento contraído por enfermo mental que não tenha discernimento para os atos da vida civil ou, o casamento contraído transgredindo os impedimentos matrimoniais, é considerado um casamento nulo.

*“A nulidade de um casamento resulta, efetivamente, da violação a preceitos de ordem pública, estabelecidos em lei (CC, art. 1.548), ligados de modo geral, à própria formação válida do ato nupcial.”*¹⁴⁷

Assim, por força da grave violação, é considerado o casamento nulo como um casamento desprovido de efeito jurídico, ou seja, o matrimônio considerado nulo não produz efeito jurídico qualquer.

Vale aqui salientar que, quando se trata de casos de insanidade mental, é compreensiva qualquer tipo desta, ou seja, a insanidade mental pode ser permanente ou duradoura, tem é que se caracterizar por alterações graves das faculdades psíquicas, ocasionando assim a absoluta incapacidade do sujeito.

Quando se refere a infração dos impedimentos, pode ser de qualquer impedimento matrimonial enumerado no artigo 1521.º do Código Civil brasileiro.

*“A declaração de nulidade proclama, retroativamente, jamais ter existido casamento válido. Por isso diz-se que, em princípio, a nulidade produz efeitos ex tunc.”*¹⁴⁸

Deste modo, pode ser promovida a ação declaratória de nulidade, por qualquer pessoa interessada, ou pelo Ministério Público (art. 1549.º C.C.B.), uma vez dada sentença de nulidade do casamento, este não produz efeito jurídico algum, ou seja a sentença retroagirá a data de sua celebração (art. 1563.º C.C.B.).

¹⁴⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit. p. 217.

¹⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p.251.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. p. 53.

Contudo, o casamento, ainda que nulo, aproveitará sempre os filhos, assim a paternidade é indubitável, e em caso de um dos cônjuges, ou ambos, está de boa-fé, serão reconhecidos os efeitos jurídicos até sentença declarada (art. 1561.º C.C.B.). *“Se reconhecida a boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, ele será putativo e produzirá efeitos de casamento válido ao cônjuge de boa-fé até a data da sentença”*¹⁴⁹.

Como medida preparatória, é admitida a separação de corpos, antes de ser movida a ação de nulidade, desde que seja comprovada a sua necessidade (art. 1562.º C.C.B.).

*“Como se trata de vício não convalidável, em face do caráter público, cogente, o casamento nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”*¹⁵⁰

*“A nulidade é de ordem pública e decretação exigida no interesse geral... a nulidade não é suscetível de ratificação, ainda que desejada pelas partes... a nulidade não prescreve, sobretudo em direito matrimonial... a nulidade se pronuncia a pedido desses interessados e do representante do Ministério Público, como órgão da lei fiscal de sua execução.”*¹⁵¹

A ação declaratória de nulidade tem procedimento comum ordinário e, é admitida a reconvenção, deste modo, poderá o réu reconvir, por exemplo, para pedir separação e atribuir culpa ao autor.

3.2.2. Casamento anulável

As hipóteses, de ser um casamento anulável, são maiores, quando comparadas com as hipóteses de ser o casamento nulo. Isso dar-se pelo fato de ser um casamento decretável no interesse privado dos cônjuges, não tendo grande prejuízo na ordem pública, somente podendo ser intentado pelos próprios cônjuges, pelos seus representantes e pelos ascendentes.

*“Decreta-se a anulabilidade no interesse privado da pessoa prejudicada... sana-se a anulabilidade pela ratificação ou confirmação... a anulabilidade é prescritível... declara-se a anulabilidade a requerimento das próprias partes diretamente interessadas no ato.”*¹⁵²

As causas de anulação do casamento no Direito de Família brasileiro são: “I- quem não completou a idade mínima para casar; II- do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III- por vício da vontade; IV- do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V- realizado pelo mandatário, sem que ele

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 251.

¹⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. Cit. p. 167.

¹⁵² Ibidem.

ou outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI- por incompetência da autoridade celebrante.” (art. 1550.º C.C.B.).

Quando o casamento for anulável por motivo de idade, o mesmo, sendo caso de gravidez, não será anulado (art. 1551.º C.C.B.).

No caso de anulação do casamento de menor de dezasseis anos, tem legitimidade para a sua suscitação o próprio cônjuge menor, os seus representantes legais ou seus ascendentes (art. 1552.º C.C.B.).

Em caso de não ter atingindo a idade núbil, poderá o menor, através de autorização de seus representantes legais ou suprimimento judicial, confirmar seu casamento (art. 1553.º C.C.B.).

Quando celebrado o casamento por quem não possua competência exigida na lei, e exercer publicamente funções de juiz de casamento, e tendo registrado o ato no Registro Civil, subsiste o casamento (art. 1554.º C.C.B.).

O casamento do menor em idade núbil, que não foi autorizado por seu representante legal, poderá ser anulado se for intentada a ação dentro dos cento e oitenta dias, tendo legitimidade para intentar a ação de anulação do casamento o próprio incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou seus herdeiros necessários (art. 1555.º C.C.B.).

Quando haja vício da vontade, poderá ser anulado o casamento, se houver erro essencial quanto à pessoa do outro, por parte de um nubente (arts. 1556.º e 1557.º C.C.B.).

Em caso de, consentimento de um, ou de ambos, os cônjuges, ser dado sob coação, mediante fundado temor de mal considerável iminente para a vida, é anulável o casamento (art. 1558.º C.C.B.).

O prazo para que possa ser intentada a ação de anulação do casamento é de, a contar da celebração, cento e oitenta dias no caso de ser o nubente incapaz de consentir ou manifestar o consentimento de modo inequívoco, de dois anos se for incompetente a autoridade que celebra o casamento, três anos no caso erro sobre a pessoa do outro cônjuge, quatro anos se houver coação, cento e oitenta dias quando realizado pelo mandatário, sem que ele ou outro contraente soubesse da revogação do mandato e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges, a partir da data em que tenha conhecimento, o mandante, da celebração (art. 1560.º C.C.B.).

O casamento anulável produz efeitos aos filhos ou cônjuge de boa-fé até sentença dada (art. 1561.º C.C.B.).

Pode-se pedir a separação de corpos, antes de mover a ação de anulação do casamento (art. 1562.º C.C.B.).

Quando, anulado o casamento, por culpa de um dos cônjuges, a este será implicada a perda das vantagens havidas do cônjuge inocente e a obrigação de cumprir as promessas que foi feita no contrato antenupcial (art. 1564.º C.C.B.).

Já, de acordo com o Código Civil de Portugal, as causas de anulabilidade estão previstas no seu artigo 1631.º, são elas: os casamentos contraídos com impedimento dirimentes, os casamentos celebrados com falta de vontade por parte de um ou de ambos os nubentes, os casamentos em que tenha havido vício de vontade juridicamente relevante, e os casamentos celebrados na ausência das testemunhas exigidas por lei.

Para que deixe de produzir efeitos jurídicos, é necessário a sentença da ação de anulação do casamento (art. 1632.º C.C.P.), ou seja, não se aplica o “*ipso jure*”.

Tem legitimidade para intentar a ação de anulação do casamento, em caso de impedimento dirimente (art. 1639.º C.C.P.), em caso de falta de vontade (art. 1640.º C.C.P.), em caso de vícios de vontade (art. 1641.º C.C.P.), em caso de falta de testemunhas (art. 1642.º C.C.P.). Dentro dos prazos mencionados nos artigos 1643.º a 1646.º do Código Civil de Portugal.

As causas de anulabilidade do casamento podem ser sanadas, e a partir da sanação passa a ser valido o casamento, contudo, a anulabilidade deve ser sanada antes de transitar em julgado o processo de anulabilidade do casamento (art. 1633.º C.C.P.). Isto dar-se quando se trata de o motivo da causa de anulabilidade do casamento seja temporário, já quando for, o motivo da causa de anulação, permanente, não é permitido por lei que seja sanada a causa, são os casos de casamentos celebrados infringindo impedimentos de parentesco ou afinidade em linha reta, condenação por homicídio ou parentesco no segundo grau da linha colateral.

*“Outras situações há, em que só o Ministério Público pode propor a acção de anulação, dado que só está em causa o interesse público... Noutras situações a anulabilidade visa só proteger o interesse de um dos cônjuges. Portanto, só esse cônjuge pode requerer a anulação.”*¹⁵³

No caso de o interesse da causa de anulabilidade ser público, e só público, ou seja, não é de interesse dos cônjuges nem de suas famílias, é quando o casamento foi celebrado na falta de testemunhas.

Já, no que se trata de o interesse ser do cônjuge, trata-se dos casos de incapacidade acidental ou de erro sobre a identidade do outro cônjuge, assim como de coação e erro vício.

¹⁵³ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit. p. 222.

3.3. Casamento putativo

*“Declarado nulo ou anulado o casamento, os efeitos que este produziu até à data de declaração de nulidade ou da anulação podem manter-se quando certos pressupostos se verifiquem. É o que se chama casamento putativo.”*¹⁵⁴

Na realidade, em face dos institutos de invalidade, não deveria ser atribuída a retroatividade ao casamento, contudo, quando mediante certas circunstâncias, o direito matrimonial, vem a atribuir a retroatividade aos casamentos dados como nulo ou anulados, deste modo, após a celebração até data de sentença de nulidade ou anulabilidade do casamento, se mantêm os efeitos jurídicos produzidos durante a constância do casamento.

*“Considerando que nos casos em que o legislador reputou o casamento inválido, nulo ou anulável (CC, arts. 1.548 e 1.550), é possível que um dos nubentes (ou mesmo ambos) esteja de boa-fé (subjativa), tendo incorrido em erro desculpável, admite-se o reconhecimento da putatividade do casamento.”*¹⁵⁵

São os artigos 1561.º do Código Civil do Brasil e 1647.º do Código Civil de Portugal, que refere o casamento putativo.

3.3.1. Caraterização

Para que possa ser considerado um casamento invalido, sendo um casamento putativo, é necessário que este casamento tenha sido contraído de boa-fé pelos cônjuges, por ou ambos os cônjuges.

Assim, surge aqui a figura do erro, é o que na realidade caracteriza o casamento putativo. Podendo ser o erro de fato ou erro de direito, vale salientar que o erro de direito é uma exceção à regra, uma vez que não se pode roubar e ser desculpado por desconhecer a lei. *“Assim como é possível ao cônjuge alegar que não sabia estar casando com sua irmã (erro de fato), também se lhe permite afirmar que sabia ser sua irmã, mas não conhecia a proibição legal, o impedimento matrimonial. O que interessa é que esteja de boa-fé.”*¹⁵⁶

¹⁵⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit. p. 306.

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. P. 267.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 268.

3.3.2. Requisitos

Os requisitos necessários para que possa produzir efeitos putativos ao casamento são três:

Antes de mais, é imprescindível a existência do casamento. Em caso de o casamento ser considerado inexistente (art. 1630.º n.º 1 C.C.P.), jamais este poderá ser putativo.

Em segundo lugar, é necessário que seja declarado nulo ou anulável o casamento, ou seja para recair sobre o casamento a putatividade é necessário que este seja declarado inválido, uma vez que a invalidade não opera *ipso iure*, para que seja conhecida a retroatividade de efeitos produzidos no casamento invalido, é necessário a sentença declaratória, especialmente intentada para este fim.

E por fim, como último requisito e não menos importante, a boa-fé dos cônjuges, ou de um deles, têm que existir no ato da celebração do casamento. Para que assim, possa produzir os efeitos em relação a terceiros, ou em relação ao único cônjuge de boa-fé. (arts. 1647.º e 1648.º C.C.P. e art. 1561.º C.C.B.).

*“A lei presume a boa fé dos cônjuges (art.1648.º, n.º 3), a qual, em princípio, consiste na ignorância desculpável do vício causador da nulidade ou anulabilidade. É uma noção subjetiva, mas a lei alarga um pouco esta noção, considerando igualmente de boa fé o cônjuge cujo consentimento tenha sido extorquido por coação: a noção de boa fé é aqui objectiva e moral.”*¹⁵⁷

3.3.3. Efeitos

Os efeitos do casamento putativo, em relação aos cônjuges, são três possíveis. Se ambos os cônjuges estavam de boa-fé, serão produzidos todos os efeitos do casamento até a data da sentença de invalidade. Assim, por exemplo, se D casado com E, faleceu na constância do casamento, e depois vem a ser considerado o casamento invalido, a susceção mantém-se.

Sendo só um cônjuge de boa-fé, o casamento produz os efeitos que sejam favoráveis ao cônjuge de boa-fé. Assim, D casado com E. e D faleceu sendo E seu herdeiro, estando E o cônjuge de boa-fé, o efeito sucessório mantém-se.

Em caso de ambos os cônjuges estarem de má-fé, o casamento não terá eficácia putativa.

¹⁵⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit. p. 308.

Os efeitos, quando são em relação aos filhos, serão sempre aplicados, independente da boa ou má-fé dos cônjuges.

Em relação a terceiros, estando ambos os cônjuges de boa-fé, serão produzidos todos os efeitos jurídicos do casamento, até sentença declarada de invalidade. Sendo só um dos cônjuges de boa-fé, serão ou não produzidos os efeitos jurídicos, o que decidirá é o favorecimento ao cônjuge de boa-fé. E por fim, estando ambos os cônjuges de má-fé, o casamento não produzirá qualquer efeito a terceiros.

Os efeitos do casamento putativo estão salvaguardados no artigo 1647.º do Código Civil de Portugal e no artigo 1561.º do Código Civil do Brasil. Contudo, o Código português vai mais além, quando protege também terceiros, o que não acontece no artigo do Código brasileiro, este trata apenas dos efeitos em relação aos filhos e aos cônjuges.

CAPÍTULO IV – OBJETO.

1. EFEITOS JURÍDICOS PESSOAIS DO CASAMENTO

1.1. Relação matrimonial

Dentro dos efeitos jurídicos pessoais do casamento, o principal é a relação matrimonial, uma vez que é a partir da relação matrimonial que são derivados todos os deveres conjugais que resulta do estado de casado.

Deste modo, é cabível afirmar que, em primeiro lugar, do casamento, no que diz respeito aos seus efeitos jurídicos pessoais, resulta a relação matrimonial. É a mais importante consequência que advém do estado de casado, a relação matrimonial.

*“A comunhão de vida é a nota fulcral que marca o casamento. Sem esta, desaparecem seu sentido e sua finalidade... o elo espiritual que une os cônjuges é que torna realidade a comunhão material.”*¹⁵⁸

*“A comunhão de vida que é o casamento, fusão de duas pessoas numa só, significa que a vida em comum é determinada pelos dois cônjuges num só. Logo que isto deixar de ser possível, o matrimónio estará mortalmente doente.”*¹⁵⁹

À relação matrimonial é estabelecida, tanto no Direito Português quanto no Direito Brasileiro, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, ou seja, esta igualdade é implicação natural da relação matrimonial (art. 1671.º C.C.P. e art. 1511.º C.C.B.).

1.2. Deveres dos cônjuges

*“Há uma série de deveres comuns e recíprocos que nascem do casamento, e que a lei os concebe como condição inafastável de sobrevivência da família conjugal. Não significa que inexistam outros, mas revelam a condição mínima para estabelecer uma união conjugal.”*¹⁶⁰

“Tentou o legislador aprofundar o conceito de comunhão da vida, decompondo-a em deveres conjugais. Tarefa meritória esta, embora os deveres conjugais para serem

¹⁵⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 155.

¹⁵⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit. p. 243.

¹⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 157.

*corretamente entendidos devam estar sempre em diálogo com o amor (em todos os seus graus de realização).”*¹⁶¹

(art. 1672.º C.C.P. e art. 1566.º C.C.B.).

1.2.1. Dever de fidelidade mútua

“A fidelidade é para a vida afetiva o que a coerência é para a vida intelectual – a simples constatação de um logro.” Oscar Wilde

O dever de fidelidade mútua é, nada mais, nada menos do que, uma decorrência da característica do casamento, que é a monogamia, ou seja, o caráter monogâmico do matrimónio faz com que decorra o dever de fidelidade mútua.

*“A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura o adultério, causa para a separação judicial litigiosa... É dever de conteúdo negativo, pois exige uma abstenção de conduta, enquanto os demais deveres reclamam comportamentos positivos.”*¹⁶²

*“Contudo, outras violações menos graves do dever de fidelidade, não pressupondo as relações sexuais entre o cônjuge e terceiro, também constituem violação do dever de fidelidade, por se traduzirem numa negação da comunhão de vida em que se traduz o casamento.”*¹⁶³

(art. 1566.º I C.C.B. e art. 1672.º C.C.P.).

1.2.2. Dever de coabitação conjugal

*“O conceito de coabitação em Direto matrimonial, mas também em linguagem vulgar, significa comunhão de leito, de mesa e de habitação.”*¹⁶⁴

Deste modo, os cônjuges devem fixar, por força da comunhão de vida, uma residência onde os cônjuges vivam sob o mesmo teto (art. 1673.º n.º 1 C.C.P. e art. 1566.º II C.C.B.).

Contudo, este dever de coabitação conjugal, não deve ser levado com tanto rigor, uma vez que são várias as situações que podem ocorrer onde aconteça a ausência, por parte de um dos cônjuges, da residência de família, é o caso de trabalho, doença, mas quando justificada a

¹⁶¹ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit. p. 252.

¹⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. p. 65.

¹⁶³ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit. p. 255.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 253.

ausência, não pode ser considerada como abandono de lar (art. 1569.º C.C.B. e art. 1673.º n.º 2 C.C.P.).

*“O que caracteriza o abandono do lar é o animus, a intenção de não mais regressar à residência comum.”*¹⁶⁵

Em caso de divergência pelos cônjuges, na escolha da morada de família, a lei vem a permitir intervenção judicial (art. 1567.º paragrafo único C.C.B. e art. 1673.º n.º 3 C.C.P.).

Para ser caracterizado o abandono do lar, é necessário a ausência do cônjuge, por um ano contínuo, da morada de família, e a sua intenção de se ausentar, desde que não seja por motivo justificável (art. 1573.º IV C.C.B. e art. 1781.º a) C.C.P.).

1.2.3. Dever de assistência recíproca

*“Tal dever obriga os cônjuges a se auxiliarem reciprocamente, em todos os níveis. Assim, inclui a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual.”*¹⁶⁶

O dever de mútua assistência, implica o cuidado a dedicação, que derivam, automaticamente do companheirismo, deste modo a assistência recíproca prevalece em qualquer situação, mas principalmente nas circunstâncias difíceis (art. 1566.º III C.C.B. e arts. 1675.º n.º 1 e 1676.º C.C.P.).

Cabe aqui mencionar que, o dever de mútua assistência subsiste mesmo depois separação de fato (art. 1576.º C.C.B. e art 1675.º n.º 2 e 3 C.C.P.).

O dever de cooperação, também integra-se no dever de assistência mútua (art. 1674.º C.C.P.).

1.2.4. Dever de respeito e consideração de ambos os cônjuges

O dever de respeito e consideração de ambos os cônjuges trata-se do corolário do princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, estabelecido pela plena comunhão de vida e pela relação matrimonial em si (art. 1566.º V C.C.B.).

É pura e simples consequência do companheirismo que deve existir e perpetuar-se durante toda a constância do casamento.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. p.66.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 66 e 67.

*“O dever de respeito é um dever ao mesmo tempo negativo e positivo. Como dever negativo, ele é, em primeiro lugar, o dever que incumbe a cada um dos cônjuges de não ofender a integridade física e moral do outro ... como dever de non facere é ainda, em segundo lugar, o dever de cada um dos cônjuges não se conduzir na vida de forma indigna, desonrosa e que o faça desmerecer no conceito público.”*¹⁶⁷

1.2.5. Dever de educação, guarda e sustento dos filhos

O sustento, educação e guarda dos filhos são deveres que obrigam ambos os cônjuges. Sendo, a guarda dos filhos, considerada tanto dever como direito. Vigora a obrigação de sustentar os filhos menores e de orientar-lhos moralmente, educando-os, mesmo após ser dissolvida a sociedade conjugal. (art. 1566.º IV C.C.B.).

1.3. Direção da sociedade conjugal

A direção da sociedade conjugal é exercida por ambos os cônjuges, em comum acordo e em igualdade direitos e deveres, visando, sempre, o interesse do casal e dos filhos destes, quando haja (art. 1567.º C.C.B.).

Deste modo, no meu ver, a direção da sociedade conjugal é estabelecida, de acordo com todos os deveres conjugais impostos por lei. Sempre visando o bem-estar da sociedade conjugal, e estabelecendo, em colaboração dos cônjuges, as responsabilidades da vida da família que instituíram.

Em caso de divergência entre os cônjuges, pode-se recorrer a assistência judicial.

Somente será exclusiva, a direção da sociedade conjugal, a um dos cônjuges, quando houver impossibilidade de desempenhar a função de gerência dos negócios do lar, por parte do outro cônjuge (art. 1570.º C.C.B. e art. 1676.º n.º 1 C.C.P.).

1.4. Mudança da condição dos cônjuges

Após celebração do casamento, a primeira mudança da condição dos cônjuges é o estado civil, ou seja, o estado civil dos cônjuges deixa de ser solteiro, em caso de nunca ter-se

¹⁶⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit. p. 349 e 350.

casado antes, divorciado, em caso de já ter-se casado antes, ou até viúvo, em caso de óbito do ex-cônjuge, e consequentemente passa a ser, o estado civil, de casado.

A partir da mudança do estado civil dos cônjuges, é permitido, a mudança do nome, (art. 1565.º § 2 C.C.B. e art. 1677.º C.C.P.). Contudo a mudança do nome do cônjuge é facultativa, a lei permite a escolha da parte dos cônjuges, assim é uma mudança que poderá vim a acontecer ou não, conforme vontade e interesse dos cônjuges.

*“O nome é direito de personalidade ... pois toda e qualquer pessoa tem direito à identificação, consistindo em um direito essencial de ser identificado na sociedade.”*¹⁶⁸

A nacionalidade, é também outra mudança que decorre do estado de casado, também sendo optativa, pode ou não o cônjuge estrangeiro, vim a tornar-se cidadão nacional por força do estado de casado, claro que sempre terá que ser seguida as formalidades e prazos impostos por lei.

Por exemplo, uma brasileira casada com um português há mais de três anos pode vir a adquirir a nacionalidade portuguesa, de acordo com declaração feita no período do casamento (art. 3.º n.º 1 da Lei da Nacionalidade – Lei n.º 37/81 de 3 de Outubro), deste modo, a cônjuge brasileira poderá vir a ter a nacionalidade portuguesa.

2. EFEITOS JURÍDICOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO

2.1. Convecção antinupcial

*“O pacto antenupcial é um negócio jurídico solene pelo qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre eles deste a data do casamento.”*¹⁶⁹

Deste modo, é cabível dizer que, a convenção antinupcial é direcionada a fixação do regime de bens que será escolhido, pelos nubentes, para vigorar na constância do seu casamento.

*“A convenção não se integra no contrato de casamento, mas é acessório deste, pressupondo a sua existência e validade. Em termos de, se o casamento for inválido, a convenção ante-nupcial ser arrastada por esta invalidade.”*¹⁷⁰

Assim, podem os nubentes, fixar o regime de bens, aliando alguns destes, ou até estipular o que entenderem, sempre dentro dos parâmetros da lei em seu conteúdo (arts.

¹⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 291.

¹⁶⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. Cit. p. 1033.

¹⁷⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit. p. 382 e 383.

1698.º e 294.º C.C.P. e art 1655.º C.C.B.) e forma (art. 1653.º C.C.B., art. 1710.º C.C.P. e art. 189.º C.R.C.P.).

Contudo, as convenções antinupciais, são seguidas de algumas restrições, impostas por lei, como é o caso de sucessão hereditária, alterações de direitos e deveres paternais, modificação das regras sobre gestão dos bens pertencentes ao casal e, estabelecimento da correspondência dos bens, (arts. 1733.º e 1699.º C.C.P.).

As convenções antinupciais não terão efeitos, em caso de não ser esta devidamente registada (art. 1657.º C.C.B. e art. 190.º C.R.C.P.).

Fora dos casos previstos na lei, o conteúdo da convenção antinupcial é imutável (art. 1714.º C.C.P.).

Todos, que têm capacidade para contrair casamento, têm capacidade para celebrar convecção antinupcial, em caso de menor, interditos ou inabilitados, é necessário a autorização do representante legal (art. 1708.º C.C.P. e art. 1654.º C.C.B.).

Em caso de não ser acordado pelos nubentes, o regime de bens do casamento, será aplicado o regime supletivo, que é o regime da comunhão de adquiridos (art.1717.º C.C.P. e 1640.º C.C.B.).

2.2. Regime de bens

*“Regime de bens é o estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio.”*¹⁷¹

O Código Civil de Portugal admite três tipos de regimes de bens, são eles: regime da comunhão de adquiridos, regime da comunhão geral e regime da separação.

Já, quando se trata do regime jurídico do Brasil, para além dos três regimes admitidos no ordenamento português, existe e é admitido o regime de participação final nos aquestos.

Os regimes de bens são, de certa forma, imperativos por lei. De modo que os nubentes têm de optar por um dos regimes; comunhão geral de bens (arts. 1732.º a 1734.º C.C.P. e arts. 1667.º a 1671.º C.C.B.), comunhão de adquiridos (arts. 1721.º a 1731.º C.C.P. e arts. 1658.º a 1666.º C.C.B.), separação de bens (arts. 1735.º a 1737.º C.C.P. e arts. 1687.º a 1688.º C.C.B.), e participação final nos aquestos (arts. 1672.º a 1686.º C.C.B.); antes da celebração do casamento.

¹⁷¹ RODRIGUES, Silvío. Op. Cit. p.135.

Quando se diz que o casamento é um contrato, porém o exercício da autonomia privada está, de certo modo, vinculado, é dentro deste contexto, pois existe sim o direito de escolha do regime a ser aplicado durante o casamento, contudo a sua escolha fica vinculada a determinação do regime, uma vez que cada regime tem um modelo imperativamente imputado por lei.

Vale salientar que, no Brasil (art. 1639.º § 2.º C.C.B.), pode ser alterado o regime de bens durante o casamento, desde que ambos os cônjuges estejam de comum acordo, ao contrário de Portugal, que fora dos casos previstos na lei (art. 1715.º do Código Civil português), vigora a imutabilidade do regime de bens aplicado no casamento (art. 1714.º C.C.P.).

Também é de ressaltar, dentro desse mesmo contexto, que existem casos em que a lei impede o direito de escolha do regime de bens a ser aplicado em determinado casamento, como quando, por exemplo, um dos cônjuges tenha mais de 59 anos (salvo legislação portuguesa) ou 70 (salvo legislação brasileira), lhes é imperativo o regime de separação de bens (art. 1720.º b) C.C.P. e art. 1641.º II C.C.B.).

2.2.1 Comunhão de adquiridos

O regime de comunhão de adquiridos, também designado regime de comunhão parcial no Brasil, padecerá quando optado pelos nubentes em sua convenção antinupcial, ou quando a mesma for caducada ou ineficaz (art. 1717.º C.C.P.), ou até quando nada for dito em relação ao regime de bens a ser estipulado, por isso trata-se, o regime de comunhão de adquiridos, de um regime supletivo.

*“O regime de comunhão de adquiridos é fundamentalmente caracterizado pela existência de bens próprios e bens comuns. A própria lei se encarrega de identificar uns e outros.”*¹⁷²

*“Este regime se caracteriza por estabelecer a separação de bens quanto ao passado e quanto ao futuro. O regime também se caracteriza pela coexistência de três patrimónios: património pessoal do marido, património pessoal da mulher e património comum da comunhão.”*¹⁷³

¹⁷² PROENÇA, José João Gonçalves de. Op. Cit. p. 253.

¹⁷³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. Cit. p. 1035.

A regra geral, nesse regime, é que todos os bens adquiridos onerosamente durante a vigência do casamento são considerados bens comuns, enquanto aos bens que os cônjuges já possuíam antes do casamento, ou seja, bens que levam para o casamento, ou bens adquiridos durante o casamento porém a título gratuito, ou seja, bens adquiridos por meio de sucessão ou doação (art. 1722.º n.º 1 a) e b) C.C.P. e art. 1659.º C.C.B.), são considerados bens próprios.

*“A determinação do ativo permite determinar, por antítese, o que vai permanecer em cada património próprio, quais sejam os bens que cada companheiro já possuía por ocasião da celebração do casamento. Pode-se presumir que tais bens têm origem familiar e, em virtude desse título, devem ser conservados na família de onde vêm.”*¹⁷⁴

Quando caso de o doador ou testador determinar, por meio de documento escrito e assinado, que os bens adquiridos por um dos cônjuges a título gratuito, fazem parte da comunhão do casal, esses bens passarão a ser bens comuns (art. 1729.º n.º 1 C.C.P. e art. 1660.º III C.C.B.). Contudo, se esses bens favorecidos a ambos os cônjuges fizerem parte da sucessão legítima, os bens serão sempre próprios (art. 1729.º n.º 2 C.C.P.).

Os bens adquiridos durante o casamento, mas que sejam por direito próprio, anteriores ao casamento, continuarão a ser bens próprios (art. 1722.º n.º 1 c) C.C.P. e art. 1661.º C.C.B.). No entanto, se houver compensação devida ao património comum, passam a ser bem comum (art. 1722.º n.º 2 C.C.P.).

Os bens que sejam trocados, sem que se tenha movimentação de dinheiro, continuam a fazer parte da massa de bens próprios (art. 1723.º C.C.P. e art. 1659.º II C.C.B.).

Os bens adquiridos, em parte como bens próprios de um dos cônjuges e, outra parte como bem comum, desde que a percentagem maior usada para a aquisição deste bem seja de parte de bem próprio do cônjuge, este bem continuará a ser considerado como bem próprio (art. 1726.º n.º 1 C.C.P.).

Os bens não divisíveis, adquiridos por um cônjuge que já tinha a outra parte do mesmo bem, também são considerados bens próprios (art. 1727.º C.C.P.).

Quando se adquirir um bem por virtude de outro bem próprio, esse bem adquirido torna-se bem próprio (art. 1728.º C.C.P.).

Os frutos e rendimentos, assim como as benfeitorias úteis feitas nesses bens, são consideradas bens comuns (arts. 1728.º n.º 1 e 1733.º n.º 2 C.C.P. e art. 1660.º IV e V C.C.B.).

¹⁷⁴ Ibidem, p. 1036.

Os rendimentos de trabalho de ambos os cônjuges, são considerados bens comuns (art. 1724.º a) C.C.P.), o mesmo não se passa no Brasil, uma vez que o provento do trabalho pessoal de cada cônjuge é considerado bem próprio (art. 1659.º C.C.B.). Assim como de maneira presumida, os bens móveis são considerados bens comuns (art. 1725.º C.C.P. e art. 1662.º C.C.B.).

2.2.2. Comunhão geral de bens

No regime de bens, de comunhão geral, ou também chamado comunhão universal no Brasil, existe, de certa forma, uma única massa de bens, são os bens comuns.

*“Trata-se do regime jurídico dos bens em um casamento, onde ocorre a comunicação de todos os bens de ambos os cônjuges, antes e durante o matrimônio.”*¹⁷⁵

*“O regime da comunhão geral de bens é caracterizado (como as palavras estão a dizer) por uma comunhão geral de bens, isto é, pelo facto de o património comum ser constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges que não sejam exceptuados por lei.”*¹⁷⁶ (art. 1732.º C.C.P. e art. 1667.º C.C.B.).

Todos os bens adquiridos, antes e durante o casamento, são considerados bens comuns. Com a exceção dos bens incommunicáveis (art. 1733.º C.C.P. e art. 1668.º C.C.B.).

*“Assim, com a exclusão de algumas exceções ... os patrimônios dos cônjuges se fundem em um só, passando, marido e mulher, a figurar como condôminos daquele patrimônio. Trata-se de condomínio peculiar, pois que insuscetível de divisão antes da dissolução da sociedade conjugal, extinguindo-se inexoravelmente nesse instante.”*¹⁷⁷ (art. 1670.º C.C.B. e art. 1734.º C.C.P.).

*“Valem aqui, quanto aos poderes de disposição dos bens, aquilo que se referiu, a propósito da comunhão de adquiridos, para os bens comuns.”*¹⁷⁸

Vale salientar que, este regime de bens, não pode vigorar quando um dos nubentes, ou ambos, tenham filhos, mesmo que os filhos sejam maior de idade ou emancipados (art. 1699.º n.º 2 C.C.P.), ou quando o casamento seja celebrado sem o processo de publicação precedido e, por último, quando um dos nubentes tenha mais que cinquenta e nove anos (art. 1720.º

¹⁷⁵ ROCHA, Artur – Manual de Direito de Família. Rio de Janeiro: América jurídica, 2001. P. 35.

¹⁷⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit. p. 548.

¹⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. Op. Cit. p. 185.

¹⁷⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. Cit. p. 401.

C.C.P. e art. 1641.º C.C.B.), nos dois últimos casos, é imperativamente aplicados o regime de separação de bens.

2.2.3. Separação total de bens

*“Há agora uma separação absoluta e completa entre os bens dos cônjuges ... A separação não é só de bens, mas também de administrações, mantendo os cônjuges uma quase absoluta liberdade de administração e disposição dos seus bens próprios.”*¹⁷⁹

Não existem bens comuns neste regime, como muito a título de comproprietários é que podem ser considerados bens comuns nesse regime (art.1735.º C.C.P. e art. 1687.º C.C.B.). A disposição dos bens é diminuta, uma vez que os cônjuges não podem responder pelos bens do outro cônjuge. Desse modo reduz-se a proibição dos cônjuges a realizar atos a nível da vida comum do lar.

Contudo, à liberdade não pode ser dita absoluta, uma vez que a própria lei restringe certos atos, como exemplo pode-se mencionar a casa de morada de família, esta não fica, em exclusividade, a disposição de um único cônjuge.

*“Portanto, um casal cujo regime de bens em seu casamento é o da separação, e venham a se separar, não ocorrerá a partilha de bens.”*¹⁸⁰

Contudo, já houve casos em que, ainda que a vigorar o regime de separação total dos bens, foi entendido pelo Supremo Tribunal de Justiça, que tratava-se de comunhão de bens acrescidos, ou seja, mediante prova, foi estabelecido que o cônjuge não favorecido colaborou para aquisição de determinado bem, e assim passa a pertencer a ambos os cônjuges.¹⁸¹

*“A inexistência de bens comuns não pode ser afastada por terceiros. Estes podem doar ou deixar por testamento bens ao cônjuge em propriedade, mas não em comunhão.”*¹⁸²

Quando imposto por lei, ou quando elegido pelos nubentes, vigora este regime de bens (art. 1720.º C.C.P. e arts. 1641.º e 1687.º C.C.B.).

¹⁷⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. Cit. p. 549.

¹⁸⁰ ROCHA, Artur. Op. Cit. p. 36.

¹⁸¹ S.T.J., 87/140.

¹⁸² MENDES, João de Castro. op. cit. p. 174.

2.2.4. Participação final nos aquestos

O regime da participação final nos aquestos é um regime misto, pois é proveniente de duas espécies de regimes de bens, assim o regime da participação final nos aquestos é decorrente de uma combinação entre as regras do regime de separação total dos bens e do regime de comunhão de adquiridos. Este regime vigora no ordenamento jurídico da família no Brasil, ao contrário de Portugal.

Vale aqui salientar que, aquestos é a designação dada aos bens adquiridos a título oneroso, durante a constância do casamento.

Na participação final nos aquestos, ficarão os cônjuges submetidos a dois tipos de regimes de bens, assim durante o casamento, vigora as regras da separação total de bens, onde cada cônjuge tem o seu próprio património.

Porém, quando for o caso de dissolução do matrimónio, as regras a serem aplicadas é a da comunhão de adquiridos, de modo que, todos os bens adquiridos onerosamente por cada cônjuge durante o casamento, são considerados bens comuns. (art. 1672.º C.C.B.).

Em síntese, no regime da participação final nos aquestos, durante o casamento, cada cônjuge mantém seus bens próprios, de modo individual e livre administrados, e quando caso de dissolução da sociedade conjugal (ou por morte ou por divórcio), cada cônjuge terá direito a metade sobre os bens adquiridos, a título oneroso, durante o casamento. (arts. 1673.º e 1674.º C.C.B.).

*“Equivale a dizer: a ratio essendi do regime é conferir aos cônjuges a livre administração de seus bens, garantindo-se, a outro giro, a participação de cada um deles no património residual, remanescente, quando do término da relação afetiva.”*¹⁸³

Em caso de saldo negativo na conta dos aquestos, este será suportado, exclusivamente, pelo cônjuge que é titular do património, não é vinculado o consorte. (art. 1677.º C.C.B.), porém se uma dívida de um cônjuge for paga pelo outro cônjuge, este valor da dívida será abatido quando caso da dissolução conjugal (art. 1678.º C.C.B.).

Assim, quando for calculado os aquestos, havendo saldo positivo nos bens de um dos cônjuges, ou ambos, contraídos onerosamente durante o casamento, é que haverá divisão (arts. 1675.º e 1676.º C.C.B.).

¹⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. Cit. p. 393.

*“Deste modo, neste regime, o direito que cada consorte tem não é sobre o acervo patrimonial do outro, mas sobre o saldo eventualmente apurado, após a compensação dos acréscimos de bens a título oneroso na constância do matrimônio.”*¹⁸⁴

Em caso de bens adquiridos por trabalho de ambos os cônjuges, estes serão divididos em cotas iguais (art. 1679.º C.C.B.).

Ao dizer que existe uma liberdade de administração dos bens neste regime estar correto, contudo esta liberdade está de certa forma condicionada, pois no que se trata de bens móveis a liberdade de administração vigora por completa, podendo usar, fruir e dispor a seu modo, sem necessidade do consentimento do outro cônjuge.

Contudo, quando se trata de bens imóveis, é imposto a exigência de aprovação do outro cônjuge, tanto para sua alienação como para oneração, assim é de afirmar que neste aspeto, a liberdade de administração dos bens de cada cônjuge é restrita. A liberdade de administração do património de cada um dos cônjuges não é absolutamente ilimitada.

Esta limitação é justificada pela necessidade de manter a família, respeitando a dignidade de cada um dos cônjuges, e de certo modo, no meu ver, tentando evitar que atue de má-fé o cônjuge que queria dissolver o casamento, e para evitar divisão do seu património próprio, se desfaça deste antes da divisão dos bens.

*“É que neste regime de participação final nos aquestos, apesar de se incidirem as regras da separação convencional na constância do matrimônio, não se pode esquecer que, no momento da dissolução, serão partilhados os bens adquiridos onerosamente na constância da união conjugal.”*¹⁸⁵

¹⁸⁴ Ibidem, p. 394.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 395.

CONCLUSÃO

Uma vez abordados os institutos jurídicos, do Brasil e de Portugal, em âmbito do casamento como contrato, conclui-se que apesar de algumas diferenças nos ordenamentos jurídicos, a base do fundamento de ambos convergem. O que se pode afirmar que, para ambos os ordenamentos jurídicos, o objetivo principal é a proteção da sociedade conjugal, visando, sempre, os valores culturais, sociais e jurídicos, de modo que, ambos os ordenamentos jurídicos tendem a proteger a instituição milenar, que é o casamento.

No que se diz respeito aos aspetos que diferenciam-se no Brasil e em Portugal, é de se concluir que, não há ordenamento jurídico perfeito, no que se trata de total proteção dos bem jurídicos tutelados, até porque existem aspetos relativos, que dependem de necessidade de cada um.

Contudo, o enquadramento principal é feito por ambos os ordenamentos jurídicos, Portugal e Brasil, que é a grandiosa importância que tem o casamento como contrato, é nessa particularidade que se desmembra, minuciosamente, todo o elenco das normas jurídicas civis, de ambos os institutos jurídicos destes países.

Deste modo, no que se refere, a natureza jurídica, as características, tanto no casamento como ato quanto no casamento como estado, os fins, os princípios, as exigências (requisitos de carácter pessoal e formal), ou seja, a base, ao fundamento do casamento, os ordenamentos jurídicos, de Portugal e do Brasil, são considerados iguais, tendo inúmeros congêneres.

Já quando se trata dos impedimentos matrimoniais existe uma diferença entre o ordenamento jurídico de Portugal e o ordenamento jurídico do Brasil, pois trata-se de aspeto distinto, deste modo, torna-se imprescindível a análise diferenciada de ambos os ordenamentos, principalmente no que se trata do conceito e tipos de impedimentos.

Ainda no contexto dos sujeitos do casamento, vale salientar que, as causas suspensivas do casamento existem no ordenamento jurídico brasileiro, mas o mesmo não ocorre no ordenamento jurídico português.

Ao se referir aos procedimentos preliminares ao casamento, ambos os ordenamentos jurídicos têm a preocupação em evitar a realização de casamentos que desrespeitem a lei, a moral e os bons costumes.

Quando se trata da forma e vício do casamento, o aspecto mais importante a ser ressaltado, no âmbito de diferenças entre ordenamento jurídico de Portugal e Brasil, é a existência da nulidade do casamento no direito civil brasileiro ao contrário do direito civil português.

Referindo-se ao objeto do casamento, um ponto de principal diferença, entre Portugal e Brasil, é a existência de um quarto tipo de regime de bens, que é o da participação final nos aquestos, que vigora no ordenamento jurídico do Brasil ao contrário do ordenamento jurídico de Portugal.

O mesmo se passa ao se tratar da imutabilidade do regime de bens optado para o casamento, uma vez que ao contrário do ordenamento jurídico de Portugal o ordenamento jurídico do Brasil permite a mudança na constância do casamento do regime de bens optado no contrato de casamento.

Vale salientar que, em âmbito da relação matrimonial e dos deveres dos cônjuges, ambos os ordenamentos jurídicos estão em conformidade.

Assim afirma Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “O casamento tem de servir às pessoas. Ele é meio, instrumento, através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena, a felicidade.”¹⁸⁶

Como exemplo desta grandiosa importância que tem o contrato de casamento pode-se mencionar, os inúmeros impedimentos matrimoniais que a lei teve a preocupação de tutelar, de modo a salvaguardar os valores morais e os bons costumes no casamento. Neste sentido de visar valores socioculturais, ou seja, de repercussão social.

Já no que se trata de valores particulares, ou seja, os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais que recaem sobre os cônjuges, é de salientar a necessidade do conhecer de cada nubente aquando for optado por ambos o regime de bens do casamento.

É dentro desse contexto, que deve-se ter maior atenção quando celebração do casamento, pois, normalmente, o nubente estará motivado sentimentalmente, levado pelo amor, pois trata-se de um contrato minucioso e que terá repercussão posterior, que poderá vir a acarretar largos anos de árduo trabalho e conquistas financeiras.

¹⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 183.

Obviamente que se pensará nesta possibilidade, quando for o caso de dissolução conjugal, más afinal para que serve o regime de bens, senão para uma tutela patrimonial futura em caso de divórcio, o mais preocupante é que quando acontece a celebração do casamento que se deve pensar num possível divórcio, e conseqüentemente ter que o nubente, ainda que levado pelo sentimento, usar da razão para optar na escolha do regime de bens a ser aplicado em casamento.

Essa é a maior controvérsia do contrato de casamento quando celebrado, contudo, é de salientar que, ainda que haja a necessidade de comum acordo dos nubentes, pode-se alterar o regime de bens no Brasil¹⁸⁷, o mesmo não acontece em Portugal¹⁸⁸, porém, mesmo com a possível mudança do regime de bens salvaguardada no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário a devida precaução na escolha do regime de bens.

¹⁸⁷ Art. 1639.º § 2.º do Código Civil do Brasil.

¹⁸⁸ Art. 1714.º do Código Civil de Portugal.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Camilo de Lélis Colam – **Direito de Família: Manual de Direitos do Casamento**. São Paulo: Editora Suprema Cultura, 2003. ISBN – 978-858-925-710-1.

BEVILÁQUA, Clóvis – **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2.^a ed. rev. e atu. Manuais universitários. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN – 978-972-40-0993-3.

COELHO, F. M. Pereira – **Curso de Direito da Família**. Coimbra: João Abrantes, 1986.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito da Família: Introdução Direito Matrimonial: Introdução Direito Matrimonial**. 4.^a ed. vol. 1. Colaboração de Rui Moura Ramos. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN – 978-972-32-1547-2.

DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. 4.^a ed. rev., atu. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN – 978-85-203-3101-9.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 21^a ed., vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN – 978-850-207-364-7.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito Civil Brasileiro: Direito da Família**. 27^a ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN – 978-85-02-14382-1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4^a ed. rev., ampl. e atu. vol. 6. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. ISBN – 978-857-761-477-8.

GARCIA, Edinês Maria Sormani – **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Editora de Direito, 2003. ISBN – 978-857-435-321-3.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 4^a ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN – 978-850-207-590-0.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito de Família: Sinopses Jurídicas**. 16^a ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN – 978-85-02-15716-3.

LAURENT, François – **Principes de Droit Civil Français**. 5.^a ed. vol. 2. Paris.

LEITE, Gisele – **Diálogos Jurídicos** [Em linha]. [Consult. 9 Dez. 2012]. Disponível em <http://www.giseleleite.prosaeverso.net>.

LIMA, Domingos Sávio Brandão – **Desquite Amigável: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes – **Código Civil Anotado**. 2.^a ed. rev. e atu. Vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. ISBN – 972-320-615-3.

LISBOA, Roberto Senise – **Manual de Direito Civil: Direito da Família e das Sucessões**. 3.^a ed. rev., atu. e ampl. vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. ISBN – 978-852-032-543-2.

LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Curso Completo de Direito Civil**. 2.^a ed. rev. e atu. São Paulo: Método, 2009. ISBN – 978-85-309-2937-4.

MENDES, João de Castro – **Direito da Família**. Obras Completas. 2.^a ed. rev. e atu. por Miguel Teixeira de Sousa. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 37.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN – 978-850-202-298-9.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 42.^a ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN – 978-850-215-541-1.

NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ISBN – 978-853-092-826-2.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira – **Curso de Direito de Família**. 3.^a ed. Curitiba: Juruá, 2000. ISBN – 978-857-394-073-5.

PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo: Lições**. 3.^a ed. reimp. Lisboa: AAFDL (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2011. Depósito Legal – 333364/11.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^a ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN – 972-32-1325-7.

PRATA, Ana – **Dicionário Jurídico: Direito Civil, Direito Processual Civil e Organização Judiciária**. Colaboração de Jorge Carvalho. 5.^a ed. atu. e aum. vol. 1. Coleção Dicionários Jurídicos. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN – 978-972-40-3393-8.

PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel – **Dicionário Jurídico: Direito Penal e Direito Processual Penal**. 2.^a ed. atu. vol. 2. Coleção Dicionários Jurídico. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN – 978-972-403-765-3.

PROENÇA, José João Gonçalves de – **Direito da Família**. 4.^a ed. rev. e atu. Coleção Manuais. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2004. ISBN – 978-989-640-015-6.

ROCHA, Artur Antonio – **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001. ISBN – 978- 858-798-404-7.

RODRIGUES, Sílvio – **Direito Civil: Direito de Família**. 27.^a ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN – 978-850-202-177-8.

RODRIGUES, Sílvio – **Direito Civil: Direito de Família**. 28.^a ed. rev. e atu. por Francisco José Cahali. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN – 978-850-204-493-7.

RIZZARDO, Arnaldo – **Direito de Família**. 8.^a ed. rev. e atu. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. ISBN – 978-853-093-450-7.

SANTOS, Eduardo dos – **Direito da Família**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 199. ISBN – 972-401-180-1.

SILVEIRA, Néri da, relat. – **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão no processo 87/140. Supremo Tribunal [Em linha]. Rio de Janeiro (30/11/1984). [Consult. 10 Mai. 2013]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurispeudencia/listarPesquisa>.

SOUZA, Esdras Dantas de; SOUZA, Fernando Dantas – **Direito de Família: Impedimentos Matrimoniais e Causas Suspensivas** [Em linha]. PAED, 2009. [Consult. 15 Dez. 2012]. Disponível em <http://abadireitodefamiliablogspot.pt>.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: Direito de Família**. 12.^a ed. vol. 6. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN – 978-852-246-874-4.