

# Da inconstitucionalidade do artigo 1521, VII do Código Civil brasileiro de 2002

Mathews Francisco Rodrigues de Souza do Amaral<sup>1</sup>

## Resumo

Às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, denominadas concubinato pelo vigente Código Civil, se tem negado direitos observados em entidades familiares (sucessórios, de natureza alimentar etc.), além de, na concepção de muitos, a própria condição de entidade familiar é tida como uma condição marginal ao rol nos quais se incluem o casamento, a união estável e as demais entidades familiares. Essa condição marginal se estende àquele que mantenha relacionamento amoroso com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Não se questiona o mérito axiológico de tal medida. Entretanto, não foi estipulado período a esse impedimento, o que o transforma em penalidade de caráter perpétuo, o que é vedado constitucionalmente, como se aduz de análise mais aprofundada.

**Palavras-chave:** Entidade familiar. Concubinato. Casamento. Impedimentos legais. Condenado por homicídio. Inconstitucionalidade.

## 1 Escopo da constituição da família

Durante o século XX, foi notório o deslocamento da função da família na sociedade. Se outrora sua função era de cunho religioso, procracional, político e, em diversos casos, preponderantemente econômico, com a ocorrência de movimentos sócio-político-culturais característicos daquele período, como o movimento emancipatório feminista, observou-se uma tendência à repersonalização das relações civis, com a centralização no interesse da pessoa humana. Tal centralização colocou num patamar diferenciado a afetividade humana como elemento norteador das relações familiares.

---

<sup>1</sup> Acadêmico de Direito. Estagiário da Defensoria Pública do Distrito Federal (CEAJUR).

A família passou a ter como fundamentos valores como a cooperação, a assistência e a solidariedade entre os seus membros. Os interesses estritamente patrimoniais dão lugar à realização afetiva entre os integrantes da família. Essa re-personalização das relações civis viabilizou, dessa maneira, o surgimento dos mais variados tipos de entidades familiares.

## 2 Princípios correlatos

- Princípio da dignidade da pessoa humana: previsto no Art. 1º III da Constituição Federal, é tido como núcleo axiológico da ordem constitucional vigente. A despatrimonialização das relações jurídicas civis e sua repersonalização se devem precipuamente à aplicação desse macroprincípio constitucional. Esse direito fundamental assegura ainda que as diversas formas de entidades familiares serão igualmente dignas.
- Princípio da solidariedade familiar: os membros de uma família ou entidade familiar (como no caso de união estável) devem auxiliar-se reciprocamente. Esse dever mútuo de auxílio se estende principalmente à assistência material e moral. O princípio da solidariedade familiar permite que ao Estado reste uma responsabilidade subsidiária no que tange a prover todos os direitos assegurados pela Constituição Federal aos cidadãos. A título exemplificativo, temos no artigo 227, *caput* da Carta Magna que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à alimentação. Não haverá de se falar que ao Estado incumbe a prestação alimentar à criança ou ao adolescente que de alimentos necessite se a família tem condições de provê-los.
- Princípio da igualdade e respeito à diferença: por meio desse princípio assegurado constitucionalmente, houve a equiparação entre homem e mulher, bem como a equidade entre os filhos havidos ou não na constância do casamento. No que diz respeito ao casamento e à união estável, a Constituição ainda os nivelou no

mesmo patamar hierárquico. No âmbito do direito de família, a ideia de igualdade está intimamente relacionada à da solidariedade entre seus membros, sendo imputados deveres e reconhecidos direitos a ambos os cônjuges/companheiros.

- **Princípio da liberdade:** traduz-se na livre escolha de como constituir, manter e extinguir uma família ou entidade familiar, sem que se submeta aos ditames de qualquer elemento extrínseco à relação familiar, seja a imposição de parentes, da sociedade ou do Estado. Tal autonomia se estende ao planejamento familiar, à administração do patrimônio dos seus integrantes, de como se deve guiar a educação e instrução da prole, à liberdade de agir, dentre outras prerrogativas. O princípio da liberdade é observado tanto na liberdade da entidade familiar, i.e., criação, manutenção, extinção, permanente constituição e reinvenção das entidades familiares, como a liberdade de cada integrante da entidade familiar ante os demais integrantes.
- **Princípio da afetividade:** fundamenta-se nas relações socioafetivas e na comunhão plena de vida nas bases do direito de família, tornando despicieinda qualquer conotação patrimonial ou econômica. Os anseios comuns e os laços afetivos é o que une, para o direito de família, os integrantes de uma entidade familiar, e não os seus laços sanguíneos ou critérios outros.
- **Princípio da convivência familiar:** a convivência afetiva duradoura entre os membros de um grupo familiar, havendo ou não laços de consanguinidade, em um ambiente comum (não necessariamente devem morar na mesma casa, mas deve existir uma referência a um ambiente comum). É extensível, inclusive, ao pai cujo filho menor esteja sob a guarda do outro. Não se pode impedir a convivência entre o menor e o pai que não possua a sua guarda.
- **Princípio do melhor interesse do menor:** crianças e adolescentes devem ter seus interesses tratados por seu grupo familiar, sociedade e Estado com prioridade ante os demais interesses que

porventura existam. Não se trata de excluir esses outros interesses que se apresentem, mas de considerar o interesse do menor como primordial. Há de ser observado até em casos que se faz necessário a destituição do poder familiar, entregando-o a famílias adotivas, por estarem os menores sujeitos a abusos e agressões por parte daqueles que deveriam zelar pelo seu completo desenvolvimento e dignidade.

- Princípio da vedação de retrocesso social: de maneira sucinta, se a Constituição estabeleceu uma dada amplitude a um direito por ela assegurada, não haveria a possibilidade de se vir a limitar tal alcance posteriormente por meio de legislação ordinária. Destarte, se a Constituição estabeleceu a paridade entre homens e mulheres, entre filhos havidos ou não na constância do casamento e conferiu à união estável direitos conferidos também ao casamento, não poderia a legislação infraconstitucional manifestar-se de forma contrária.

### **3 Do casamento**

#### **3.1 Noções gerais**

O casamento, como leciona Paulo Lobo, “é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado” (LÔBO, 2008, p. 76). É uma relação jurídica na qual se estipula a comunhão plena de vidas e afetividade.

Como ato complexo que é, gera obrigações e direitos recíprocos aos seus contratantes, i.e, aos cônjuges, como a alteração da situação patrimonial dos bens do casal (será estipulado regime de comunhão de bens), a identificação do estado civil dos cônjuges, dentre outros.

O casamento é uma das entidades familiares mais comumente observadas e isso se deve a uma série de fatores sociais, como os costumes, a tradição, a força da religiosidade ainda existente na sociedade, dentre outros. A própria Constituição

Federal, em seu artigo 226, parágrafo 3º, destaca com certa preferência – sem hierarquização – a adoção do matrimônio, quando postula que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, bem como o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.726, quando expõe que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”

Não a toa é considerado o contrato mais solene previsto pelo ordenamento jurídico. Além de lhe ser inerente a necessidade de manifestações e declarações de vontade sucessivas dos cônjuges, é imperativa a observância de atos estatais oficiais, como a habilitação, a própria celebração do casamento civil (o casamento religioso se mostra prescindível) e o registro público.

No que tange à celebração do casamento civil, esta será gratuita, nos termos no parágrafo 1º do artigo 226 da Constituição. Entretanto, só se estenderá esta gratuidade aos demais atos inerentes ao casamento, como a habilitação, o registro e a primeira certidão, nos casos em que houver declaração de hipossuficiência econômica, ou seja, a “declaração de pobreza” a que se refere o parágrafo único do artigo 1.512 do Código Civil.<sup>2</sup>

### **3.2 Da validade e eficácia do casamento**

O casamento será considerado válido quando houver obediência ao cumprimento de seus requisitos, senão:

- a) manifestações de vontade, tanto do homem quanto da mulher, de estabelecer vínculo conjugal;
- b) declaração de que estão casados proferida por juiz competente (de direito ou de paz) ou ministro de confissão religiosa.<sup>3</sup>

Destarte, deverão ser os nubentes dotados de capacidade civil plena, ou seja, serem maiores de 18 anos. Não assim sendo, se tiverem pelo menos 16 anos e

---

<sup>2</sup> A declaração de hipossuficiência econômica será semelhante à declaração utilizada para a concessão do benefício da justiça gratuita.

<sup>3</sup> Para ministros de confissão religiosa, nos termos do artigo 1515 do CC-02.

houver autorização de ambos os pais ou representantes legais, poderão os menores se casar. Se houver divergência entre os pais quanto ao consentimento, poderá haver suprimimento de consentimento judicialmente.<sup>4</sup>

Preenchidos os requisitos de validade, a eficácia do casamento proceder-se-á com o seu registro público, sendo expedida certidão de casamento pelo oficial do registro público de casamentos. O referido registro tem natureza constitutiva, podendo-se depreender ser prova com presunção *juris tantum* da ocorrência do casamento. Sem a expedição da certidão, não há que se falar em casamento, haja vista não ter eficácia.

### 3.3 Da certidão de casamento

A prova mais consubstanciada da existência do casamento é o seu registro civil, sendo lavrado assento no livro de registro, assinado pelo presidente do ato, dos cônjuges, das testemunhas (pelo menos duas) e do oficial.

A certidão de casamento apenas traduz em seu bojo as informações constituídas e declaradas pelo registro civil. Sendo extraviada a certidão, é possível requerer nova via no registro civil, sendo substituível. Porém, se o que for perdido for o próprio registro civil (como a destruição do livro de registros), deverá o casamento ser provado de outra forma. (como prova testemunhal, documental etc.).

A essa situação, onde não mais existe o registro ou não se tenha a certidão de casamento, bem como em situações onde o registro foi realizado em lugar não sabido ou os cônjuges sejam falecidos, aplica-se uma presunção denominada “posse de estado de casado.”

Esta presunção permite que, mediante declaração judicial, haja o suprimimento da ausência da certidão ou do registro civil. Tal medida viabiliza que injustiças não ocorram com os descendentes do casal, em decorrência da impossibilidade de provar o matrimônio de seus pais.

---

<sup>4</sup> Assim alude o art. 1519 do CC-02: “a denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz”.

Quando do registro civil do casamento, é facultado aos cônjuges acrescentarem aos seus o sobrenome do outro cônjuge. Esta adoção do sobrenome do outro cônjuge permite que se constate a posse de estado de casado. Além da adoção do sobrenome do outro, são provas da publicidade e notoriedade da vida em comum dos cônjuges serem reconhecidos como cônjuges por pessoas próximas, i.e, serem tratados como marido e mulher, além de serem conhecidos publicamente como marido e mulher (como em contrato celebrado por ambos com terceiro, em que conste o casal contratante na qualidade de marido e mulher, v.g.).

A declaração judicial que supre a ausência de certidão de casamento ou registro civil gerará efeitos retroativos à data reconhecida como a do início do casamento.

## **4 Da união estável**

### **4.1 Noções gerais**

A união estável é conceituada como a entidade familiar constituída entre homem e mulher, em que haja convivência pública, contínua e duradoura e que tenha o *animus* de constituir família. Os conviventes se comprometem reciprocamente, desta forma, a constituírem um lar, tendo o afeto como elemento basilar. É concedida aos companheiros em união estável a faculdade de, querendo, converterem a união estável em casamento. É aplicável à situação fática vivenciada não só por pessoas solteiras, mas às separadas judicialmente, às divorciadas, às viúvas e às que se encontrem separadas de fato<sup>5</sup>.

Tem como elemento caracterizador a obediência aos deveres de lealdade, respeito e assistência entre os companheiros, bem como de guarda, sustento e educação da prole do casal.

A união estável, como entidade familiar reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, adveio do ideal de igualdade entre pessoas e entidades familiares trazido pela Constituição de 1988.

---

<sup>5</sup> Neste sentido, vide art. 1723, §1º, do Código Civil.

Anteriormente, as relações hoje classificadas como união estável eram consideradas concubinárias e, àquela época, evadas do caráter depreciativo que tal denominação ensejava, tidas como imorais e ilícitas, vistas como marginais ao casamento.

As consequências dessa discriminação se mostravam nítidas: o concubino que tivesse colaborado, mediante a assunção das responsabilidades familiares e domésticas (viabilizando ao outro concubino ascensão profissional), para a aquisição e manutenção do patrimônio comum do casal se veria desprovido de quaisquer direitos sobre tal patrimônio quando da ruptura da relação.

Buscando, de certa forma, trazer um pouco de equidade a essas relações, o Supremo Tribunal Federal editou, na década de 60 do século passado, duas súmulas que regulavam o tema.

Súmula 380 - Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Súmula 382 - A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato.

Conquanto seus textos atingissem, de certa forma, o escopo ao qual se destinavam, o não reconhecimento do concubinato como entidade familiar pela Constituição Federal vigente à época da edição das referidas súmulas forçou a utilização do instituto da sociedade de fato, existente no direito das obrigações, para que se pudesse partilhar do patrimônio. Ou seja, aquele que contribuiu para a aquisição e manutenção do patrimônio do casal mediante a assunção dos afazeres domésticos e responsabilidades familiares continuava desamparado quando da ruptura do relacionamento.

A equiparação do concubinato à sociedade de fato se mostrou errônea, pois se equiparou uma relação caracterizada pela afetividade a uma relação meramente patrimonial. Por não ser pautada pela afetividade, não havia dever de mútua assistência, não sendo possível se vislumbrar qualquer obrigação proveniente desse dever, como a obrigação alimentar.

Nas situações em que era de difícil aferição o esforço comum a que se referia a súmula 380 (alguns tribunais o presumiam com a mera convivência do casal, outros não, o que dificultava, por vezes, tal aferição), extraiu-se, assim como a uti-



lização da sociedade de fato, do direito das obrigações, a ideia de indenização por serviços prestados. Novamente, equiparou-se uma relação pautada pela afetividade a uma relação meramente obrigacional.

Mesmo não se mostrando a forma mais adequada de se tratar o assunto, tais modificações se mostraram de significativo avanço em relação à ordem anteriormente vigente. Só com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se tratou corretamente o assunto, com o reconhecimento da união estável como espécie de entidade familiar. Este reconhecimento criou o estado civil “companheiro em união estável”, que trouxe, como consequências, a relação de parentesco por afinidade com os parentes do outro companheiro e o regime de comunhão parcial de bens se os companheiros não se manifestarem por outro.

Diferentemente do casamento, a união estável não se baseia em um ato jurídico prévio que constitua a sua existência. Mesmo que os companheiros reconheçam, em Cartório, que a partir dali conviverão em união estável, tal medida se mostra despidianda, pois mesmo que não registrassem em cartório tal vontade e vivessem juntos continuamente e por período duradouro, havendo publicidade dessa convivência, haveria de ser observada a existência da união estável. Alerto que, ainda que tal reconhecimento em Cartório não se mostre imprescindível à configuração da união estável, tal reconhecimento se mostra de crucial validade jurídica quando utilizado como elemento probatório.

No que tange à prescindibilidade de conviverem na mesma casa, esta encontra respaldo na súmula 382 do STF que, embora regule o concubinato, atinge a união estável, por ter sido editada em período anterior à vigência da Constituição de 1988. Como a união estável era enquadrada no rol do que seria o concubinato, e como a CF/88 elencou a união estável no rol de entidades familiares, a súmula estende a sua aplicabilidade à união estável. Não obstante o caráter de prescindibilidade de morar junto, continua sendo presumida a existência da união estável quando conviverem sob o mesmo teto.

#### **4.2 Do reconhecimento judicial**

Com o não reconhecimento da união estável em Cartório, a união estável deverá ser apurada por vias judiciais para que possa repercutir no mundo jurídico.

Tal ação declaratória da existência de união estável poderá ser tanto principal como incidental, também conhecida com o *nomen iuris* “reconhecimento de união estável”.

Para o ajuizamento de tal ação, litigiosa ou consensual (voluntária), a petição deverá ser instruída com os meios comuns de prova, i.e, todas aquelas em direito admitidas, especialmente a documental e testemunhal. Fotos, contratos, cartas, e-mails, pessoas que possam atestar a convivência duradoura, pública e contínua, dentre outros, são os meios de prova mais utilizados para a instrução do pedido, que poderá ser feito com os dois companheiros vivos ou *post mortem* (i.e, quando um dos companheiros em união estável faleceu ou ambos, desde que, neste caso, seja feito por seus herdeiros).

No caso de ser ajuizado o reconhecimento da união estável *post mortem*, deverá a ação ser cumulada com a sua respectiva dissolução.

### **4.3 Das obrigações e direitos**

Como deveres dos companheiros em união estável, encontramos no artigo 1.724 do Código Civil de 2002 o regulamento de tais relações pessoais, que se mostram não apenas como deveres, mas como direitos do companheiro, por serem reciprocamente exigidos, quais sejam:

- Lealdade;
- Respeito;
- Mútua assistência;
- Guarda, sustento e educação dos filhos.

Deste último item (o dever de guarda, sustento e educação dos filhos) é possível se depreender que as mesmas regras que regem o casamento no tocante ao poder familiar, à filiação e ao reconhecimento dos filhos, inclusive nos casos de adoção, são extensíveis à união estável. E não haveria de ser diferente: esse raciocínio é mantido em consonância aos princípios que caracterizam as relações familiares, principalmente o do melhor interesse do melhor.

A mútua assistência exigida e conferida aos companheiros em união estável se apresenta não apenas materialmente, de âmbito patrimonial, mas a assistência moral também é exigida. Importante frisar que a assistência material poderá ser estender para período posterior à própria dissolução da relação do casal, na forma de prestação de alimentos<sup>6</sup>.

#### **4.4 Da partilha dos bens**

Quando os conviventes não estipularem sob qual regime de comunhão de bens será regulada a sua relação no que tange ao patrimônio do casal, essa relação se regulará como sendo de comunhão parcial de bens. Isso porque o regime de comunhão parcial de bens é o regime legal supletivo adotado pelo Código Civil que regerá a união estável quando os conviventes não se manifestarem quanto a qual regime querem adotar. Essa ideia é traduzida pelo constante no artigo 1.725 do referido diploma legal.

Por comunhão parcial de bens se entende que o patrimônio adquirido pelo casal após a configuração da união estável (não necessariamente o reconhecimento judicial, podendo, muitas vezes, ser pretérita a este ato) até a sua dissolução será passível de partilha entre os conviventes.

Todavia, não entram na partilha os bens considerados particulares de cada convivente. Por bens particulares são entendidos os obtidos em virtude de doações ou provenientes de herança, os de uso pessoal ou de uso laboral (os utilizados para que o convivente exerça a sua atividade profissional sem prejuízo, como ferramentas, instrumentos, livros, etc). O mesmo ocorre com os bens sub-rogados no lugar dos bens particulares até o limite do valor da venda destes. Ou seja, se um dos companheiros era proprietário de uma casa antes de passar a conviver com o outro, e decidem vender a casa para comprar uma maior, o valor obtido com a venda da primeira casa não será partilhado. Do valor da segunda casa, ao ser partilhado, será subtraído o valor obtido com a venda da primeira casa, que será sub-rogado ao companheiro que era proprietário da primeira casa.

---

<sup>6</sup> Neste caso, deverão ser observadas as disposições constantes no art. 1694 e seguintes, bem como as constantes na Lei de Alimentos – Lei nº 5478/68.

Da mesma forma, por ter caráter alimentar, o dinheiro oriundo de salário, mesmo que depositado em contas em instituições financeiras, o FGTS e outros rendimentos provenientes do trabalho não são postos no rol de bens a serem partilhados entre os conviventes. As dívidas adquiridas antes do início da união estável, bem como qualquer tipo de passivo patrimonial de um dos conviventes pretérito ou posterior à união, não são partilhados, sendo alvo de partilha apenas aquelas advindas na constância da união dos companheiros.

Ressalto o fato de que estas regras só se aplicam à união estável se os companheiros optarem por este regime de bens ou, na sua inércia, não se manifestarem quanto a qual regime adotar, sendo aplicável supletivamente.

Para a alienação dos bens do casal por um dos companheiros se aplica a mesma regra de proteção legal aplicada ao casamento. Nesse caso, dependerá o companheiro da autorização expressa do outro, sob pena de restar ao companheiro prejudicado por tal alienação direito a requerer a anulação do ato e do conseqüente registro público.

Visando assegurar o patrimônio comum do casal, é vedado a um dos companheiros prestar aval ou fiança sem a anuência expressa do seu convivente. Em caso de recair penhora sobre bem imóvel adquirido já em união estável (e não sendo o caso de ser protegido como bem de família), o companheiro que não tiver sido o responsável pela situação ensejadora da penhora poderá eximir a parcela que lhe é conferida pela meação por intermédio de embargos de terceiro.

## 5 Do concubinato

Quando ocorre a existência de algum dos impedimentos ao casamento, previstos pelo artigo 1.521 do Código Civil, estaremos diante do chamado concubinato.

De maneira conceitual, temos que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato, *ipsis litteris*”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Art. 1.727 do Código Civil.

Diferentemente da união estável e do casamento, não encontra um regulamento próprio ou sequer um título próprio no Código Civil. Este fato reflete o caráter discriminatório ao qual o concubinato é submetido. Como se ainda não bastasse, sequer é entendido como entidade familiar por boa parte dos Tribunais brasileiros.

Por ser o artigo 1.727 (o que conceitua o concubinato) norma de exclusão, são vedados aos concubinos alguns direitos, principalmente de ordem patrimonial, como a doação do cônjuge casado ao seu concubino (passível de anulação, nos termos dos artigos 550 e 1.642, V, ambos do Código Civil) e a vedação a serem nomeados como herdeiros e legatários (cf. art. 1.801, III, do Código Civil). Nem mesmo o direito à subsistência, traduzido na forma de alimentos, é assegurado ao concubino, por dispor o artigo 1.694 que caberão alimentos apenas aos parentes, cônjuges e companheiros, segundo orientação mais conservadora.

Da mesma forma, por não se submeterem a nenhum tipo de regime de separação de bens, não lhes são aplicáveis as vedações trazidas pelo artigo 1.647, dentre as quais a alienação de bens imóveis e prestar aval ou fiança sem a autorização do outro concubino.

Outra consequência de não se submeter a nenhum tipo de regime de separação de bens é que, para que não haja enriquecimento ilícito por um dos lados, haverá a possibilidade de partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos, ideia trazida pela súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, bem como a “indenização por serviços prestados” (com o sentido de responsabilização civil).

Quanto aos efeitos jurídicos extensíveis à prole comum dos concubinos, não haverá distinção quanto aos mesmos efeitos aplicáveis às entidades familiares, ou seja, o poder familiar será exercido por ambos os concubinos em relação aos seus filhos.

## **6 Dos impedimentos ao casamento e à união estável**

### **6.1 Histórico**

Historicamente, os impedimentos ao matrimônio sofreram classificações no ordenamento jurídico brasileiro. Encontrando sua origem no direito canônico, esses impedimentos eram classificados em:

- Impedimentos dirimentes absolutos: por sua natureza de ordem pública, eram inafastáveis por vontade das partes ou decisão judicial, impossibilitando completamente o casamento.
- Impedimentos dirimentes relativos: desde que obedecidos certos requisitos, esses impedimentos poderiam ser superados, como nos casos consentimento do representante legal para que os sujeitos ao poder familiar, à tutela ou à curatela pudessem se casar.
- Impedimentos proibitivos ou impeditentes: apesar de não impossibilitarem o casamento nem o invalidarem, tinham o condão de impor aos cônjuges certas sanções, como a imposição do regime de bens a ser adotado, dentre outras.

O Código Civil de 2002, entretanto, não se apegou à classificação clássica dos impedimentos e regulou, em seu artigo 1.521, apenas os impedimentos dirimentes absolutos ao casamento, extensíveis também à união estável, por força do artigo 1.723, §1º Por “impedimentos dirimentes absolutos ao casamento” tratou apenas “impedimentos ao casamento”. Os impedimentos relativos chamou de “causas suspensivas”, reguladas pelo artigo 1.523.

## **6.2 Do procedimento**

A não obediência às regras dos impedimentos enseja a nulidade do casamento (cf. art. 1.548) ou a inexistência da união estável (cf. art. 1.723, §1º), a ser declarada de ofício pelo magistrado ou requerida, por meio de ação direta, por qualquer pessoa ou pelo Ministério Público.

Mas não só por ação direta poderá ser suscitado impedimento ao casamento: poderá ser oposta por qualquer pessoa até a sua celebração. Respalda essa ideia e de forma a viabilizá-la é que se confere ao casamento todo o seu caráter publicístico decorrente da fase de habilitação (primeira fase do casamento) e da sua celebração, permitindo oposições quanto a impedimentos junto ao oficial do registro ou celebrante da cerimônia civil ou religiosa até a sua realização.

Com a oposição ao casamento decorrente da existência de impedimento, a celebração do casamento será suspensa até que o juiz competente se manifeste

sobre a existência ou não do impedimento suscitado. Sendo manifesto que a oposição é graciosa ou sem qualquer evidência, a oposição de impedimento não trará esse efeito suspensivo à celebração do casamento, só restando ao oponente ajuizar ação direta com o intuito de invalidar o casamento.

A pretensão a ver declarada a nulidade do casamento, bem como a sua declaração *ex officio* é imprescritível, podendo ser ajuizada a qualquer tempo, por seu caráter de ordem pública. Esse caráter de ordem pública é que obriga, da mesma forma, o oficial do registro e o juiz a declararem a existência do impedimento ao tomarem conhecimento de sua existência, sob pena de incorrerem em crime de prevaricação.

### **6.3 Dos tipos de impedimentos**

O artigo 1.521 do Código Civil trata dos tipos de impedimentos ao casamento (extensíveis à união estável por força do artigo 1.723 §1º), que se constituem em rol taxativo, ante o seu caráter de restrição de direitos.

O primeiro impedimento veda o casamento entre ascendentes e descendentes, ou seja, entre parentes em linha reta e infinita. Esse impedimento passou a ser de relevante observância no evoluir das sociedades, ganhando grande densidade moral, haja vista o seu caráter profilático de evitar que malformações físicas e mentais originadas de mutações decorrentes dessas relações incestuosas ocorressem.

O segundo impedimento impossibilita o casamento entre os afins em linha reta, ou seja, os ascendentes e descendentes do outro cônjuge. Essa relação de parentesco do cônjuge com os parentes em linha reta do outro ocasionada pelo casamento não se extingue, mesmo havendo o divórcio ou a morte de um dos cônjuges.

O terceiro impedimento se refere ao casamento entre o adotante com quem foi cônjuge do adotado e do adotado com quem foi cônjuge do adotante. Embora não haja a consanguinidade entre o adotante e o adotado, este impedimento atende a uma finalidade moral.

O quarto impede o casamento entre os irmãos, sejam eles unilaterais ou bilaterais, bem como entre os demais colaterais até o terceiro grau inclusive. Em face da não discriminação entre os filhos havidos ou não da constância do casamento

trazida pela Constituição de 1988, esse impedimento se estende aos irmãos adotivos, de inseminação artificial heteróloga e os de posse de estado de filiação. Essa interpretação não fere o caráter taxativo do artigo 1.521, já que mesmo o filho adotado, por exemplo, pode ter sido adotado por uma pessoa (sendo considerado irmão unilateral) ou pelo casal (sendo considerado irmão bilateral).

O quinto impedimento obsta o casamento entre o adotado e o filho do adotante. A redação trazida pelo inciso V se mostra despcienda ante a hermenêutica constitucionalizada que se deve atribuir ao inciso IV, i.e, sem fazer distinções entre filho havido ou não na constância do casamento, com relação de consanguinidade ou não.

O sexto impedimento proíbe o casamento entre pessoas casadas. Isso se deve ao fato de vivermos em uma sociedade monogâmica. Esse impedimento encontra respaldo, inclusive, na esfera penal, como alude o artigo 235 do Código Penal, que traduz o tipo penal de “bigamia”.

#### **6.4 Da inconstitucionalidade do inciso vii**

A questão discutível, entretanto, reside no inciso VII. Expõe o Código Civil:

**Art. 1.521** - Não podem casar:

[...]

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Este impedimento, calcado em justificativa puramente moral, não leva em consideração se houve a cumplicidade do consorte do *de cujus* na participação do ato atentatório à sua vida.

Uma de suas finalidades é a de fulminar a hipótese de que pessoas ceifem as vidas umas das outras para que possam se casar com o consorte alvo de desejo. Partindo dessa premissa, deveria constar ainda na redação do inciso em questão que a vedação é ao casamento com o condenado por homicídio doloso (quanto à tentativa, inexoravelmente será dolosa, já que não há de se cogitar em “tentativa culposa” no ordenamento jurídico brasileiro). Entretanto, o inciso supracitado res-  
tuiu omissão.



Para que seja reconhecidamente considerado condenado, deverá haver o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Por ser, *in casu*, o juízo criminal que vincula o cível (só poderá declarar o impedimento na existência do trânsito em julgado da decisão penal condenatória), mesmo que ajuizada ação direta que busque a declaração de tal impedimento, essa ação direta será suspensa, nos termos do artigo 265, IV, a. Logo, se ainda pendente recurso na esfera criminal, o impedimento não alcançará o cônjuge sobrevivente e o acusado de homicídio ou tentativa contra o seu consorte, podendo, dessa forma, vir a se casarem, salvo decisão contrária em sede liminar. Todavia, com o trânsito em julgado de decisão que confirme a condenação, haverá a consequente declaração de nulidade do casamento.

Por colocar expressamente a lei que “o cônjuge sobrevivente” sofre tal impedimento, mostra imprescindível se tratar de caso de viuvez. Ou seja, mesmo que haja tentativa, o cônjuge alvo de tal tentativa deve estar morto por algum fato não conexo com a tentativa. Assim, se houve tentativa, o consorte não falece e ocorre o divórcio, tal impedimento não recairá sobre o consorte que não foi vitimado, por não ser “cônjuge sobrevivente”, mas “ex-cônjuge”.

Esse impedimento, de natureza puramente moral, se mostra como uma penalidade aplicada àquele que matou ou tentou matar o cônjuge/companheiro da pessoa com quem desejava se casar.

Entretanto, o inciso em tela não estipulou um prazo de duração para tal penalidade. Não se trata aqui de uma relação incestuosa, com um impedimento que vise assegurar a não ocorrência de malformações físicas ou mentais (sendo essa a justificativa utilizada por muitos), mas de uma penalidade aplicada a alguém que já foi condenado na esfera criminal.

Nada obsta que um mesmo fato repercuta tanto na esfera cível quanto na criminal, aliás, isso é até bastante frequente. Só que diferente da repercussão criminal, onde haverá uma decisão fixando o *quantum* da pena a ser cumprida pelo condenado, a penalidade aplicada pelo impedimento ao casamento não encontra qualquer prazo de duração, impossibilitando *ad eternum* o casamento.

Ocorre que essa penalidade, de caráter eterno, encontra vedação constitucional, senão vejamos:

**Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII – não haverá penas:

[...]

b) de caráter perpétuo;

[...]

Ora, ao passo que o impedimento ao casamento entre o cônjuge sobrevivente e o condenado pelo homicídio ou tentativa de homicídio se mostra como uma penalidade, e não é atribuído um prazo de duração para tal penalidade, esta se mostra de caráter perpétuo, infringindo, dessa forma, um direito individual, alçado como cláusula pétrea da Constituição Federal.

## 7 Conclusão

O impedimento estabelecido pelo inciso VII do artigo 1.521 do Código Civil traduz uma realidade não condizente com a buscada pela Constituição Federal de 1988. Embora tenha a finalidade de coibir atos vis como matar o cônjuge da pessoa amada para que possa se casar com ela, por exemplo, a não estipulação de um período de duração de tal impedimento conduz a uma situação incoerente com os princípios constitucionais que vedam a punição com pena perpétua.

Em seu bojo, o artigo 5º não estipula que somente as penas estipuladas na esfera criminal não serão de caráter perpétuo, mas fala em pena *lato sensu*. Ou seja, nenhuma pena, seja ela originada de decisão condenatória criminal ou de ordem cível, poderá ser aplicada sem um prazo definido. Mesmo as penalidades de natureza cível haverão de obedecer a este princípio que confere um direito da maior grandeza ao indivíduo.

Além da sua inconstitucionalidade decorrente da estipulação de pena perpétua, o não reconhecimento do concubinato caracterizado nos termos do artigo 1.521, VII, ainda viola outro princípio constitucional: o princípio da dignidade humana, princípio fundamental exposto no artigo 1º, III da Constituição Federal.

Se uma relação se baseia nos princípios norteadores do direito de família, dentre os quais da solidariedade familiar, o da igualdade e respeito à diferença, o da convivência familiar e principalmente o da afetividade, a ela deve ser conferida, no mínimo, o *status* de entidade familiar, mesmo que haja entendimento mais tradicional em sentido contrário.

O sentimento de indignidade resulta da equiparação de uma relação calçada na afetividade a uma relação meramente patrimonial, de cunho obrigacional, onde se fala em “indenização por serviços prestados” ao invés de “partilha de bens adquiridos em comum”.

A solução para o problema da não adequação do inciso VII do art. 1.521 aos moldes constitucionais se mostra simples: basta regular um prazo para a vedação ao casamento/reconhecimento de união estável do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Dessa forma, não mais haverá de se falar em pena perpétua no que tange ao impedimento para casar exposto pelo inciso VII do artigo supramencionado.

## **About the unconstitutionality of the article 1521, VII, of the Brazilian Civil Code**

### **Abstract**

To non-habitual relationships between men and women that can't marry, called “concubinate” by the Brazilian Civil Code, rights conferred to familiar entities (successory rights, alimentary rights, etc.) and also the own condition of familiar entity itself, for many people, is not recognized. It is seen as marginal condition to the group that includes the marriage, the stable union and other familiar entities. This marginal condition extends to those ones who keep love relationships with condemned of murder or trying to murder that person's husband, wife or companion. The axiology of this matter is not being questioned. Although, it had not been fixed a period to this impediment, what makes it a perpetual punishment, something considered unconstitutional, as it is exposed when deeply analyzed.

**Keywords:** Family entity. Concubinage. Marriage. Legal obstructions. Murder condemned. Inconstitucional.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. *Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968*. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, 1968. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L5478.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo *Novo curso de direito civil: parte geral: contém análise comparativa dos códigos de 1916 e 2002*. 7. ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.