

Dr. jur. Dr. h.c. Wilfried Schlüter
Professor da Universidade Münster (Alemanha)
Ex-Juiz do *Oberlandesgericht*

Código Civil Alemão
Direito de Família

Tradução da 9ª Edição
(totalmente revisada)

Tradução de **Elisete Antoniuk**, M. jur. comp.
na Universidade de Bonn

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre / 2002

Parte I

Introdução

§ 1 SOCIEDADE CONJUGAL E FAMÍLIA NO DESENVOLVIMENTO E NA ORDEM JURÍDICA ATUAL

I. *Sociedade Conjugal e Família no desenvolvimento*

A família é a mais antiga forma de comunidade humana. Ela sofreu profundas transformações no decorrer da história, mas sempre afirmou-se como instituição social, apesar das diversas opiniões sobre ela, influenciadas por correntes passageiras¹.

Família pode ser uma vez entendida como *grande família*, ou seja, como comunidade de todos os parentes consanguíneos. Ela é tomada como princípio pela lei, nos §§ 1601 ff, 1589 BGB sobre a obrigação

1 - Exemplos da nova ampla literatura sobre história social da família em *Klippel*, Entstehung und Strukturwandel de modernen Familie, FamRZ 1978, 558; *König*, Die Familie der Gegenwart, 3. Aufl., München 1978; *Schulze*, Aktuelle Familiensoziologie: Wandel, Familiensituationen und Rolleninterpretation, FamRZ 1987, 658; *Friauf*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel - das Beispiel von Ehe und Familie, NJW 1986, 2595; *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung, Baden-Baden 1987; *Hettlage*, Familienreport, 1992; *Nave-Herz*, Familie heute, 1994.

de pensão entre parentes e nos §§ 1924 ff BGB sobre a sucessão legal. Mas família também pode ser entendida como *pequena família* no sentido de uma comunidade doméstica de pais e filhos. As mais importantes disposições jurídicas sobre direito de família no direito vigente dizem respeito à pequena família, por exemplo: as disposições sobre o direito do casamento (§§ 1297-1588 BGB) e sobre a relação jurídica entre pais e filhos (§§ 1616 ff BGB). Também a proteção constitucional do art. 6 GG diz somente respeito à família unida nos estreitos círculos da comunidade doméstica².

A grande família, entendida como a parentela organizada no clã familiar, manteve-se, até a modernidade, como comunidade autônoma jurídica e de produção. Ela perdeu seu significado como comunidade jurídica (e de vingança), somente quando o Estado autoritário da Modernidade criou uma ampla ordem jurídica e tomou para si o monopólio do exercício de poder³.

A pequena família era inicialmente não somente comunidade de pais e filhos, mas ao mesmo tempo comunidade de produção. No trabalho conjunto os filhos eram educados e instruídos. Com a industrialização, ela perdeu consideravelmente esta função. A subsistência começou a ser garantida através do trabalho fora da família. Isto fez com que, por um lado, a família não mais educasse exclusivamente os filhos, mas tivesse que concorrer com as instituições estatais para a sua instrução e educação. Esta relação de tensão entre educação paternal de um lado, e educação estatal através de instituições escolares e extra-escolares de outro, permaneceu, até os dias atuais, um tema específico da discussão jurídico-política.

Devido ao fato da família ter perdido sua função de comunidade econômico-produtiva, também mudaram as relações dos membros da família entre si. Uma causa essencial para o desmantelamento da imagem patriarcal da família e sua substituição pela função caracterizada pelo companheirismo e igualdade entre os cônjuges,

2 - BverfG NJW 1978, 2289 f.

3 - Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 5. Aufl., Rn 696; Nave-Herz, Die vorindustrielle Großfamilie: Wunschtraum oder Realität, FuR 1990, 156.

deve ser procurada no fato de que o homem e progressivamente, também a mulher, buscam uma atividade profissional fora do lar⁴. Intimamente ligado à ampla perda da função objetiva, está o recuo da pequena família ao círculo privado e a “interiorização” das relações individuais⁵. Se a família baseia-se decisivamente nas relações individuais e pessoais dos cônjuges entre si e dos pais com os filhos, então ela pode mais facilmente ser ameaçada no seu conteúdo, através de perturbações e conflitos neste âmbito individual-pessoal, que é acentuado pelo sentimento e pela mentalidade. Esta “interiorização” por um lado contribuiu para que a família pudesse impor-se nas reviravoltas políticas e catástrofes deste século, pois o perigo iminente de existência acentuou o sentimento de solidariedade dos seus membros⁶. Sendo a família hoje uma comunidade que se baseia preponderantemente em relações interpessoais e que depende de certos requisitos psicológicos, ela se esquia consideravelmente, neste âmbito pessoal, de uma normatividade jurídica. Uma ampla normatização iria destruir as bases pessoais da família, a disposição para a solidariedade espontânea, e com isto mesmo dissolvê-la⁷. O legislador deixou por isto, com bom motivo, a regulamentação da vida conjunta familiar, preponderantemente a cargo da autonomia da família. Tarefa da ordem jurídica somente pode ser, criar, em esboço, as condições gerais, “um perfil normativo condizente”⁸ com a família como instituição social e garantir proteção jurídica em todos os casos, nos quais conflitos familiares não possam (mais) ser regulados autonomamente, ou porque a sociedade conjugal está falida ou porque os pais menosprezam suas obrigações para com os filhos. As experiências com formas de Estado e ideologias totalitárias levaram a que a autonomia da família fosse assegurada no Art. 6 GG.

4 - *Dölle*, I § 2 II, 3.

5 - *Schelsky*, Wandlungen der Deutschen Familie in der Gegenwart, 1960, S. 19.

6 - *Schelsky*, aaO, S. 63.

7 - *Schwab*, aaO, Rn 700.

8 - *Schwab*, aaO, Rn 702.

II. A posição jurídica constitucional da sociedade conjugal e da família

1. A PROTEÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DA FAMÍLIA ATRAVÉS DO ART. 6 GG

- 2 Conforme o Art. 6 GG, a sociedade conjugal e a família encontram-se sob a proteção especial da comunidade estatal. O Art. 6 GG é o dispositivo constitucional central para o âmbito do Direito de Família alemão. Ele não está limitado por reserva legal nem de alguma outra forma⁹ e como todos os direitos fundamentais, vincula legislação, poder executivo e jurisprudência, como direito diretamente válido (Art. 1 al. 3 GG). De forma distinta que através do Art. 119 al. WRV (“A união conjugal é a base da vida familiar, da manutenção e do crescimento da nação, e está sob a especial proteção da Constituição.”), através do Art. 6 al. 1 GG, união conjugal e família são protegidas de forma paralela. Portanto, tanto a união conjugal sem filhos, como também a família fundada na filiação sem união conjugal ou sem a continuidade desta, estão compreendidas nesta ordem de proteção da norma constitucional. Segundo o parecer do Tribunal Constitucional, a família de criação (Pflegefamilie) também se encontra sob a proteção constitucional do Art. 6 al. 1 GG, na qual, após uma longa e contínua relação de criação, surge uma união entre pais e filho de criação¹⁰. Apesar disto, o Art. 6 al. 1 GG parte do princípio de que a união conjugal, como único fundamento de uma união de vida integral, oferece os melhores requisitos para um desenvolvimento físico, intelectual e psicológico dos filhos¹¹.

O Art. 6 al. 1 GG contém três predicados constitucionais fundamentais:

9 - BVerfG 24, 119, 135.

10 - BVerfG 68, 176, 187; BVerfG FamRZ 1989, 31, 32; 2000, 1489.

11 - BVerfG 76, 1, 51.

a) Como direito fundamental clássico o Art. 6 GG protege a **esfera privada da sociedade conjugal e da família** diante de intervenções perturbadoras e prejudiciais do Estado¹². A norma constitucional garante ao indivíduo um **direito de defesa** contra medidas do legislativo e do executivo, que se dirijam contra a existência da família.

Exemplos para o caráter de defesa deste direito fundamental encontram-se, entre outros, no direito internacional: Assim a mulher de um estrangeiro extraditado, com a afirmação de que a extradição a ofenderia nos seus direitos do Art. 6 GG, pode contestar a ordem de extradição com a ação administrativa, mesmo que o marido atingido pela ordem de extradição, não tenha instaurado uma ação de impugnação¹³.

Diante das experiências com o domínio nacional-socialista, o Art. 6 GG obriga o Estado a esquivar-se do seu poder diante da família, ordena a ele que respeite a organização de vida da família e em todo caso, ou seja, no caso do seu fracasso, intervenha subsidiariamente¹⁴. **O Estado não tem competência geral para regulamentar todo âmbito de vida e com isto também o da família, ao contrário, ele tem que assegurar e fomentar a autonomia e o auto-desenvolvimento da família.** Ele não pode subtrair da família as tarefas que ela mesma tem que cumprir, nem jurisdicionar desnecessariamente sua ordem interna¹⁵. Art. 6 GG “resguarda a família, como âmbito de vida particular para o desenvolvimento individual da personalidade e entendimento interpessoal, contra a influência estatal e possibilita a multiplicidade da liberdade privada, sobre a qual uma comunidade estatal está alicerçada”¹⁶.

12 - BVerfG 6, 55, 76; 33, 236, 238; BVerfG NJW 1983, 511.

13 - BVerwG DÖV 1978, 181 f.

14 - BVerfG 10, 59, 83 ff; 24, 119, 138; *Loschelder*, FamRZ 1988, 333, 338.

15 - *Scheffler*, em: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, 4. Band, 1. Halbband, 1972, S. 245, 256.

16 - *Kirchhof*, em: *Praxis des neuen Familienrechts*, 1978, S. 171; bem como *Friauf*, NJW 1986, 2595.

4 b) O Art. 6 GG não é somente um direito de defesa diante do Estado, mas contém também, simultaneamente, uma **garantia institucional e organizacional** para a sociedade conjugal e para a família. Esta norma fundamental garante, como instituições jurídicas objetivas, o casamento civil¹⁷ e a (pequena) família constituída por pais e filhos¹⁸. Também fazem parte da família os enteados, os filhos adotivos e os tutelados, bem como os filhos ilegítimos¹⁹.

O Art. 6 al. 1 GG, como garantia institucional, retira de qualquer pessoa a ingerência legislativa - bem como protege de reforma constitucional, o núcleo do casamento e da família, como ele se formou no decorrer do seu longo desenvolvimento histórico. Fazem parte deste âmbito central, pré-definido pelo legislador constitucional e por ele determinado como não passível de reforma, a união a **princípio vitalícia**²⁰, baseada no livre acordo dos nubentes, que compreende o amplo âmbito de vida, do homem e da mulher (monogamia) e as obrigações de assistência, fidelidade e ajuda, recíprocas e com relação aos filhos²¹. Com exceção disto, o Art. 6 GG pode ser modificado por uma maioria necessária para as reformas constitucionais. Enquanto isto não ocorrer, certos princípios estruturais que caracterizam a sociedade conjugal e a família, não podem ser modificados pelo legislador normal. Inserem-se entre estes, o acesso sem entraves ao casamento²², a obrigatória celebração civil do casamento, a forma de celebração nupcial, a obrigação da sociedade conjugal e o princípio da unidade da família²³.

Mas não se deve concluir, a partir desta especial proteção do casamento e da família, que outras uniões de vida, como união ilegítima²⁴ e uniões homossexuais²⁵ estariam proibidas ou não

17 - BVerfG 31, 58, 82; 36, 146, 163; BVerfG NJW 1983, 511.

18 - BVerfG NJW 1978, 2289 f.

19 - BVerfG 24, 119, 135.

20 - BVerfG 10, 59, 66; 31, 58, 82.

21 - Scheffler, aaO, S. 250.

22 - BVerfG 29, 166, 175; 36, 146, 162.

23 - BVerfG 17, 1, 11; 24, 119, 135.

24 - Sobre uniões ilegítimas ver números de margem 495 ff.

25 - Sobre uniões homossexuais ver números de margem 465 ff.

estariam em sintonia com a ordem jurídica²⁶. Embora o Art. 6 al. 1 GG acentue, diante de “tais uniões de vida”, o casamento como única comunidade de vida conjugal reconhecida pela ordem jurídica, e como exclusivo ponto de referência para efeitos jurídicos de natureza social²⁷, não está expressando com isto uma decisão de desvalor jurídico ou moral sobre formas de vida organizadas de forma diferente. Os parceiros de tais comunhões podem fundamentar-se no Art. 2 al. 1 GG, mas não no Art. 6 al. 1 GG. Sobre os diversos problemas jurídicos das uniões de fato compare *Battes, Nichteheliches Zusammenleben im Zivilrecht*, Köln 1983; *Hausmann, Nichteheleche Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich*, München 1989; *Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Berlin 1981, mwN; *Schlüter/Belling, FamRZ* 1986, 405; *de Witt-Huffmann, Nichteheleche Lebensgemeinschaft*, 2. Aufl., München 1986.

c) O Art. 6 al. 1 GG é enfim, uma **norma fundamental**, ou seja **5** uma **decisão coercitiva de valor**, para todo o âmbito do direito público e privado que diga respeito ao casamento e à família²⁸; da qual decorre a obrigação para o Estado, de agir de forma promotora do casamento e da família²⁹. Como norma fundamental de valor, o Art. 6 GG deve ser aplicado na interpretação e aplicação das muitas cláusulas gerais do direito de família e conceitos jurídicos indeterminados³⁰. A partir dela baseia-se, de forma negativa, uma **proibição geral de prejuízo ou lesão**, especialmente em vista a perturbações econômicas, e de forma positiva, **uma ordem de favorecimento**.

A **proibição do prejuízo** faz com que tais normas, que conduzem a um encargo maior e especial dos cônjuges e dos membros da família, diante de outro cidadãos, sejam inconstitucionais; contudo nada impede que o casamento possa ser

26 - *Gemhuber/Coester-Waltjen*, § 5 I 1.

27 - *Pirson*, Bonner Kommentar, Art. 6 Rn 17.

28 - BVerfG 6, 55, 72 f.; 36, 146, 161 f.; 76, 1, 40; 80, 81, 92.

29 - *Gemhuber/Coester-Waltjen*, § 5 II 1.

30 - BVerfG 22, 93, 98.

ponto de ligação para efeitos jurídicos economicamente agravantes, desde que estes sejam adequados à natureza do caso regulado. O Tribunal Constitucional concretizou esta proibição geral de prejudicar em diversas decisões, sobretudo no direito tributário³¹. O aspecto positivo da **ordem de favorecimento** tem efeito sobretudo quando obrigações públicas são calculadas de forma menor para membros da família do que para não casados.

2. A PROTEÇÃO DO DIREITO PARENTAL DE EDUCAÇÃO ATRAVÉS DO ART. 6 AL. 2 E 3 GG

- 6 Assistência e educação dos filhos são, segundo o Art. 6 al. 2 GG, **direito natural** dos pais e a **primeira e principal obrigação** dos **mesmos**. Segundo o ordenamento da Constituição, os pais são portanto, em primeiro lugar, os responsáveis pela educação de seus filhos.

Não há juízo unânime sobre quem é isoladamente o detentor deste direito parental³². “Pais” no sentido do Art. 6 al. 2 GG, são não somente os pais de crianças nascidas legitimamente, mas também os pais de uma criança ilegítima³³, bem como os pais adotivos. Ao contrário, os padrastos não são detentores do direito fundamental do Art. 6 al. 2 GG³⁴. O tutor também não detém a guarda familiar e com isto, não detém o direito parental (Elternrecht)³⁵. Mas enquanto ele detiver a tutela, goza da proteção do Art. 6 al. 3 GG³⁶. O mesmo se aplica para os pais de criação (sobre isto Rn 2).

31 - Compare BVerfG 12, 151, 167 ff; 28, 104, 112 e 324, 347; sobre isto Birk/Wernsmann, JZ 2001, 218.

32 - Compare *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Art. 6 Rn 25; *Riffner*, FamRZ 1963, 153.

33 - BVerfG 24, 119, 135; JZ 1995, 1109.

34 - KG NJW 1968, 1679 f.

35 - BVerfG 10, 304; Gernhuber/Coester/Waltjen, § 5 IV.

36 - Ver Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 1992, Art. 6 Rn 29.

O direito parental de educação, como **direito natural** dos pais, **não é concedido pelo Estado** ou pela sociedade, ao contrário, é um direito inato reconhecido pelo Estado³⁷. Isto resulta da ordem natural da vida, a qual o legislador não cria, mas que já pré-existe e já está presente sem ele³⁸. Os Art. 6 al. 2 e 3 GG **concretizam e delimitam o âmbito de liberdade dos pais** na educação: por um lado é concedida a preferência aos pais, ante todos os poderes públicos e privados; a eles é garantida auto-determinação e responsabilidade, mas ao mesmo tempo o Estado atua, em caso de fracasso dos pais, como vigilante (Art. 6 al. 2 frase 2 GG). Conforme seu conteúdo constitucional, Art. 6 al. 2 está intimamente ligado ao Art. 6 al. 1 GG: O Art. 6 al. 2 GG também estabelece, como direito fundamental no sentido clássico, um **direito de defesa** que é conferido a qualquer parte parental, não somente diante do poder executivo, mas também diante do legislativo³⁹ e judiciário. Através deste direito fundamental, é vedado ao Estado tomar para si as tarefas que comumente são dos pais⁴⁰. Segundo o Art. 6 al. 2 GG, os pais têm o direito de organizar de forma livre e sob a própria responsabilidade, a assistência e educação de seus filhos como bem lhes aprouver⁴¹. Eles gozam de preferência – com reserva do Art. 7 – ante todos os outros detentores da educação⁴².

37 - BVerfG DAVorm. 1989, 149, 151.

38 - *Röbbelen*, Zum Problem des Elternrechts, Heidelberg 1966, S. 23; *Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, Berlin 1981, S. 45 ff mwN.

39 - BVerfG 7, 320, 323.

40 - *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 5 IV 1.

41 - BVerfG 31, 194, 204 f.

42 - Sobre a relação da educação parental com a escolar, compare a ampla jurisprudência do Tribunal Constitucional (BVerfG 34, 165, 182 f; 41, 29, 44; 47, 46 ff; BVerfG FamRZ 1986, 1079); adiante *Fehrmann*, DÖV 1978, 489; *Mauz* em: Festschrift für Scheuner, Berlin 1973, S. 419-430; *Ossenbühl*, Zur Erziehungskompetenz des Staates, em: Festschrift für Bosch, Bielefeld 1976, S. 751-761; *idem* DÖV 1977, 801 ff; *Schmitt-Kannler*, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, em Schriften für öff. Recht Bd. 450, Berlin 1983. No âmbito da escola o Estado exerce autonomamente e no mesmo nível, ao lado dos pais, uma incumbência própria de educação. Sobre a relação do direito parental para com o direito filial Compare *Knöpfel*, FamRZ 1985, 1211.

O “poder de vigilância” estatal sobre a família tem que considerar esta liberdade de desenvolvimento da relação parental-filial e somente em princípios jurídicos precisamente indefinidos, pode indicar medidas para a auto-determinação familiar, como expressa a prerrogativa da proteção “do bem-estar da criança”⁴³.

Juntamente relacionado ao direito parental, está a **obrigação dos pais** de assistência e educação de seus filhos. Esta obrigação não é somente um limite para o direito parental, mas parte integrante deste, que determina sua natureza⁴⁴. A garantia constitucional do direito parental serve, em primeira linha, à proteção da criança⁴⁵. A liberdade dos pais é uma liberdade em serviço, para o bem e proteção da criança, portanto uma liberdade de fiel depositário, conferida aos pais⁴⁶. O Art. 6 al. 2 GG protege a livre decisão sobre como eles irão exercer satisfatoriamente sua responsabilidade sobre os filhos; esta norma fundamental claramente não protege aqueles pais que se esquivam desta responsabilidade. Se os detentores da educação falham, então o Estado pode, segundo o Art. 6 al. 3 GG, por força de uma lei (compare § 1666 BGB), separar os filhos da família.

III. Fontes do Direito de Família

- 7 1. O direito de família material, nas suas partes mais importantes, está regulado no Livro 4 do BGB, nas secções sobre o casamento civil (§§ 1297-1588), o parentesco (§§ 1589-1772) e a tutela, guarda, assistência (§§ 1773-1921). Através da Primeira Lei de Reforma do Direito do Casamento e da Família (1. EheRG) de 14.6.1976⁴⁷, o direito de divórcio foi novamente inserido no BGB nos §§ 1564-1587o. Através da Lei de Nova Regulamentação da Celebração do

43 - *Kirchhof*, aaO. S. 174.

44 - BVerfG 24, 119, 143 f; NJW 1988, 125, 126.

45 - BVerfG 61, 358, 371; BVerfG FamRZ 2000, 1489.

46 - *Saladin*, em: Festschrift für Hinderling, Basel 1976, S. 175 ff, 190; Compare também *Lüderitz*, AcP 178, 253 ff e *Dieckmann*, AcP 178, 289 ff.

47 - BGBl. I 1421.

Casamento (Lei de Celebração do Casamento) de 4.5.1998⁴⁸, a Lei do Casamento de 22.2.1946⁴⁹ foi revogada e o direito de celebração do casamento e de sua anulação passou a ser regulamentado nos §§ 1303-1320 BGB.

2. Além disto, disposições de direito de família encontram-se sobretudo: 8

a) no Ordenamento sobre o Tratamento da Moradia de Família e dos Bens Domésticos (*Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats*) de 21.10.1944⁵⁰ (HausratsVO);

b) no SGB VIII - Assistência à criança e ao adolescente - na vigência de 15.3.1996⁵¹, que substituiu a Lei de Assistência ao Adolescente e em cuja quarta secção é regulada a posição do Juizado de Menores em questões de tutela;

c) na Lei sobre a educação religiosa dos filhos (*Gesetz über die religiöse Erziehung*) de 15.7.1921⁵² (RelKERzG).

3. O direito processual em questões de família, filiação e pensão alimentícia está contido no sexto livro do ZPO (§§ 606-660). O processo nestas questões de família foi essencialmente reformulado através da Lei de Reforma do Direito de Filiação de 16.12.1997⁵³ e da Lei de Pensão Alimentícia aos Filhos de 6.4.1998⁵⁴. 9

4. A Lei sobre as questões de jurisdição voluntária (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) de 17.5.1898⁵⁵ (FGG) regula nos §§ 35-70n, as questões de tutela, família, cuidado e internamento. Esta secção foi sobretudo 10

48 - BGBI. I 833.

49 - KRABl. 77.

50 - RGBI. I 256.

51 - BGBI. I 478, modificado ultimamente através do Art. 13 da Lei de Reforma do Direito de Filiação de 16.12.1997 (BGBI. I 2942).

52 - RGBI. 939.

53 - BGBI. I 2942.

54 - BGBI. I 666.

55 - RGBI. 189.

reformulada através da Lei de Reforma do Direito de Filiação e da Lei de Assistência de 4.12.1997⁵⁶.

5. Também tem significado para o Direito de Família a Lei do Estado Civil (**Personenstandsgesetz**) na vigência de 8.8.1957⁵⁷.

6. A Lei que termina com a discriminação das uniões homossexuais: **Lei da União Estável (Lebenspartnerschaftsgesetz)** de 22.2.2001⁵⁸. Através desta lei não foi somente criado um instituto jurídico para o parceiro homossexual. Concomitantemente foram modificados vários dispositivos do direito matrimonial e de filiação, que entram em vigor em 1.8.2001 juntamente com a Lei da União Estável.

56 - BGBl. I 2846.

57 - BGBl. I 1125.

58 - BGBl. I 266.

Parte II

Direito do Casamento

1ª. Secção

Celebração do casamento e casamento imperfeito

§ 2 A CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

Os dispositivos sobre o contrato de casamento, a nulidade e a anulação bem como sobre o divórcio e os efeitos do divórcio, estavam regulados originalmente no BGB nos §§ 1303-1352, 1564-1587. Estas normas foram excluídas do BGB pela EheG de 6.7.1938¹. A EheG de 1938 foi reeditada, devido ao seu pensamento especificamente nacional-socialista, pela Lei N° 6 do Conselho de Controle de 20.2.1946². Através da 1. EheRG de 14.6.1976³ foi, num primeiro passo, reinserido o direito de divórcio e de efeitos do divórcio, novamente, no BGB. A Lei para o Novo Ordenamento do

1 - RGL. I 807.

2 - KRABl. 77, 294.

3 - BGL. I 1421.

Direito de Celebração do Casamento (Lei de Celebração do Casamento - EheschlRG) de 4.5.1998⁴, que entrou em vigor em 1.7.1998, também novamente reincorporou o direito de celebração do casamento e o direito de anulação do casamento no BGB e totalmente derogou a EheG de 1946 (Art. 14 N° 1 EheschlRG)⁵.

I. Sobre o conceito de casamento no direito vigente

- 11 Em nenhum lugar, o direito vigente apresenta uma definição de casamento e também não contém nenhuma declaração expressa sobre seu sentido e finalidade.

Ao contrário, o Código de Família da DDR de 20.12.1965⁶ descreve da seguinte forma as características essenciais do casamento no § 5:

“(1) Com a celebração do casamento, marido e mulher dão origem a uma comunidade formada para toda a vida, que se baseia no amor, respeito e fidelidade recíprocos, no entendimento, na confiança e na ajuda desinteressada.

(2) Do casamento deve surgir uma família que encontre sua realização na vida em comum, na educação dos filhos e no desenvolvimento conjunto dos pais e dos filhos, de personalidades íntegras, amplamente formadas...”

Também o Direito Cantonal Geral Prussiano contém em II 1 §§ 1 e 2, uma descrição da finalidade do casamento: “A finalidade principal do casamento é a geração e educação dos filhos. Um

4 - BGBl. I 833.

5 - Sobre a nova regulamentação do direito de celebração do casamento, de forma pormenorizada *Bosch*, FamRZ 1997, 65, 138 e NJW 1998, 2004 bem como *Hepting*, FamRZ 1998, 713.

6 - GBl. 1966 I 1.

casamento válido também pode ser celebrado para a assistência mútua.”

Na falta de uma descrição detalhada do casamento e de seus fins, é manifesto que o Estado moderno da Lei Fundamental (GG) de Bonn seja neutro quanto ao aspecto religioso e ideológico. É vedado ao legislador predeterminar aos pais, em detalhes, que sentido eles darão à sua vida em comunhão e como eles terão que organizá-la. A ordem jurídica não pode declarar obrigatória para o casamento, como “relação singular, natural do ser humano”⁷, seu enquadramento a uma determinada confissão religiosa ou a uma certa ideologia, seja ela liberal-individualista ou socialista. Associações religiosas e ideológicas têm liberdade para anunciar seu entendimento de casamento e declará-lo obrigatório para os seus membros (compare § 1588 BGB). Mas o Estado não pode e não deve fazer isto.

Mas a omissão justificada do legislador moderno, na determinação de uma determinada imagem do casamento, não deve ser mal interpretada no sentido de que ele não relacione com o conceito de casamento, por ele utilizado de diversas maneiras (compare sobretudo Art. 6 al. 1 GG, o início da Parte I e §§ 1297, 1303 ff, 1353 BGB), qualquer idéia material e confira somente à disposição dos próprios cônjuges, a determinação do que seja casamento. Além de todas as fronteiras ideológicas religiosas, desenvolveu-se no nosso círculo cultural certas idéias gerais reconhecidas sobre casamento, as quais foram essencialmente influenciadas pela fase final da Antigüidade e pela cultura cristã ocidental. O legislador baseou-se nelas para a normatização do casamento como relação vital, como se torna claro de forma exemplar em muitas regras isoladas e, por fim, foi sempre novamente acentuado nas discussões da 1. EheRG⁸.

Primeiramente é característico do casamento o **princípio do consenso**. Um casamento somente pode ser fundamentado na base de uma decisão livre dos cônjuges (compare § 1310 al. 1 frase 1

7 - Dölle, I § 5 I 1.

8 - Compare BT-Drs. 7/4361 S. 6 f.

BGB); é vedada qualquer coação ao casamento ou qualquer impedimento coercitivo (compare §§ 1297 BGB, 888 al. 2 ZPO; Art. 2, 6 al. 1 GG).

O casamento somente pode ser celebrado entre **parceiros de sexos diferentes**⁹. Esforços de permitir também “casamentos” entre casais do mesmo sexo¹⁰, não estão em conformidade com o direito constitucional vigente. Por isso o legislador da Lei da União Estável, com razão, abstraiu-se de caracterizar a união homossexual como união conjugal e submetê-la de forma generalizante, ao direito matrimonial.

Além disto, a ordem jurídica declara-se partidária da **monogamia** historicamente tradicional: O casamento é a união vital, física e psicológica, de um **homem** e uma **mulher** (compare § 1306 BGB).

Elemento essencial do casamento é também sua **duração**, em princípio **por toda vida** e como isto em princípio sua **indissolubilidade** (não absoluta: compare §§ 1564 ff BGB e § 1353 al. 1 frase 1 BGB). A isto corresponde que o casamento, segundo o § 1311 frase 2 BGB, que não pode ser celebrado sob condição ou termo.

Imprescindível para o casamento é, por fim, a união para uma **vida em comum**, que compreenda a personalidade dos cônjuges, que seja sustentada pela responsabilidade recíproca (§ 1353 al. 1 frase 2 BGB), e caracterizada pelo **companheirismo e pela igualdade** (compare Art. 3 al. 2 GG). Segundo isto, os cônjuges não estão somente obrigados a viver em comunidade doméstica e contribuir conjuntamente para o sustento da família (compare § 1360 BGB), mas também a “ter consideração um para com o outro e se necessário, renunciar à realização dos interesses individuais em favor da sociedade conjugal”¹¹.

9 - BayObLG FamRZ 1993, 558; de modo diferente o projeto de uma lei para a aplicação do princípio legal da não-discriminação do Art. 3 GG (Lei da igualdade de tratamento), BT-Drs. 13/10081.

10 - Assim AG Frankfurt, NJW 1993, 940, 941.

11 - BT-Drs. 7/4361 S. 6 f.

Elucidativo para as demais noções que o legislador atual relaciona com o conceito de casamento e sociedade conjugal, são as seguintes frases da exposição de motivos da 1. EheRG:

“Todas as demais características essenciais da sociedade conjugal resultam do modelo de casamento reconhecido de forma geral no nosso círculo cultural, como este encontrou seu sedimento na jurisprudência. Assim, por exemplo, os cônjuges estão obrigados ao respeito recíproco e à fidelidade conjugal e sobretudo a dedicar-se a todos os importantes assuntos conjuntos, em ajuda mútua e solidária, a esforçar-se pelo assentimento do outro e pela causa comum, a apoiar e assistir um ao outro conforme suas capacidades. No conceito da sociedade conjugal, a noção do legislador sobre o casamento é expressa de forma melhor como uma parceria de direitos e obrigações iguais, com exigências especiais de consideração mútua e auto-disciplina, de cumplicidade no voto e na decisão.”¹².

Resumindo, o casamento pode ser descrito como uma união, a princípio indissolúvel, de um homem e uma mulher, baseada na livre decisão e reconhecida juridicamente, para uma comunidade de vida que compreenda toda a personalidade. Neste amplo quadro afirmado por estes elementos estruturais, os cônjuges podem organizar livremente sua união conjugal. Eles podem regular, através de acordos, não somente suas relações de regime de bens e patrimoniais, mas sobretudo também a divisão de tarefas dentro da sociedade conjugal (§ 1356 BGB), após o legislador ter abdicado da imagem da dona-de-casa e não ter inserido nenhuma outra em seu lugar.

A discussão secular entre as noções supra-individuais e inter-individuais sobre se o casamento, segundo a sua “natureza”, é uma instituição ou um contrato¹³, comprovou ser uma alternativa

12 - BT-Drs. 7/4361 S. 7.

13 - Sobre isto *Hübner*, FamRZ 1962, 1 ff.

aparente¹⁴. O casamento é tanto uma relação pessoal inter-individual, fundada através de contrato, como também uma instituição social supra-individual. Como Dölle¹⁵ com razão expõe, em ambos os entendimentos trata-se somente de “dois lados de um fenômeno unitário”. Atrás desta discussão sobre a “natureza” do casamento oculta-se por fim, a questão de que tipo de obrigações resultam da sociedade conjugal e até que ponto elas são coercitivas ou colocadas à disposição dos cônjuges. Os representantes da noção institucional de casamento acentuam em geral, com mais veemência, a incondicionalidade; os adeptos de noções inter-individuais de casamento, procuram derivar do caráter contratual do casamento a disposição das obrigações¹⁶. Mas com a explicação do casamento como contrato ou instituição, esta problemática jurídica não se soluciona. Mesmo quando se entende o casamento como contrato, de forma alguma disto resulta que ele seja um “invólucro vazio”, “cujo preenchimento do conteúdo seja somente conferido aos cônjuges”¹⁷, portanto que ele seja no todo colocado à disposição dos cônjuges. Ao contrário, de forma alguma pode-se também fundamentar, somente com uma indicação ao caráter institucional do casamento, quais obrigações resultam para os cônjuges desta sociedade conjugal, e até que ponto estas são coercitivas ou dispositivas. Estas questões somente podem ser averiguadas através de uma análise sutil das normas de direito de família contidas no direito ordinário e no direito constitucional, e das noções de valor que lhes servem de base.

14 - MünchKomm/Wacke, § 1353 Rn 2; de forma semelhante Bosch, FamRZ 1966, 57, 62.

15 - I § 5 I 3.

16 - MünchKomm/Wacke, § 1353 Rn 3 mwN.

17- Gembuber/Coester-Waltjen, § 3, 6.

II. Os requisitos para a celebração do casamento

1. A CAPACIDADE NUPCIAL

Caso 1: A aluna Franziska, de 17 anos, e o estudante Michael, de 20 anos, querem casar-se, porque Franziska espera um bebê. Os pais de Michael são contra a celebração do casamento, porque ele ainda não concluiu sua formação profissional. Os pais de Franziska estão de acordo com o casamento.

Caso 2: Como seria se os pais de Franziska também fossem contra o casamento?

a) Requisito para a celebração do casamento é a **capacidade nupcial**. O **incapaz juridicamente** não tem **capacidade nupcial** e portanto não pode, mesmo com o consentimento do seu representante legal, contrair núpcias (§ 1304 BGB). O casamento com um incapaz juridicamente, é anulável (§ 1314 al. 1 BGB). Mas obsta a anulação do casamento quando o cônjuge, após a cessação da incapacidade, der a conhecer que quer continuar com o casamento (“confirmação”: § 1315 al. 1 N° 2 BGB). Se a capacidade de discernimento de um nubentes maior de idade estiver somente limitada temporariamente, segundo o § 104 N° 2 BGB ele não é incapaz juridicamente (“desde que a situação, de acordo com a sua natureza, não seja temporária”). Mas se o nubente se encontra numa situação de inconsciência ou perturbação temporária da saúde mental, segundo § 1314 al. 2 N° 1 BGB seu casamento é anulável. Também aqui a declaração dada após a cessação da incapacidade de discernimento, de querer continuar o casamento (“confirmação”), impede a nulidade do casamento (§ 1315 al. 2 N° 3 BGB). 12

b) Além disto a capacidade para o casamento pressupõe a **capacidade matrimonial** (§ 1303 BGB). A capacidade matrimonial ocorre para o homem e a mulher com a maioridade, portanto quando completarem os 18 anos (§ 2 BGB, § 1303 al. 1 BGB). 13

Capacidade matrimonial e capacidade civil podem, mas não devem necessariamente, ser idênticas. Também os maiores de idade (§ 2 BGB), que com isto são capazes matrimonialmente (§ 1303 al. 1 BGB), podem ser incapazes civilmente (§ 104 N° 2 BGB).

- 14 c) Mas o Juízo de Família pode, a pedido, liberar da capacidade matrimonial, quando o requerente tiver completado os 16 anos e o futuro cônjuge for maior de idade, portanto tiver pelo menos 18 anos (§ 1303 al. 2 BGB). Na sua decisão ele tem que considerar o bem-estar do menor. O Juízo de Família somente pode negar a liberação, se a celebração matrimonial pretendida, conforme as circunstâncias gerais, opor-se de forma evidente ao interesse do menor¹⁸. Em caso de dúvida a liberação deve ser concedida.

O representante legal do requerente ou qualquer que seja o detentor da guarda pessoal pode contestar o pedido de liberação (§ 1303 al. 3 BGB).

O direito de contestação é emanção do direito de guarda pessoal, do qual provém o direito do menor à co-decisão na celebração do casamento. É suficiente a contestação de somente uma parte parental, mesmo quando a outra parte parental também for detentora da guarda pessoal e estiver de acordo com a celebração do casamento.

O Juízo de Família somente pode conceder a liberação, contra a contestação de um dos representantes legais ou de qualquer que detenha a guarda pessoal, quando a contestação não se basear em motivos concludentes (§ 1303 al. 3 BGB).

Como a liberação, segundo o § 1303 al. 2 BGB, interfere no direito de guarda pessoal, o Juízo de Família não pode então conceder a liberação contra a contestação do representante legal ou de qualquer detentor da guarda pessoal, quando considerar a contestação como inoportuna ou descabida. Segundo o Art. 6 al. 2 GG, são em primeira linha os pais detentores da guarda pessoal que devem determinar se a celebração do casamento presta-se ao bem-estar de seu filho menor.

18 - MünchKomm/Müller-Gindullis, § 1303 Rn 6; OLG Hamm, FamRZ 1965, 562.

O Juízo de Família não pode portanto deixar de considerar a contestação dos pais ou da pessoa detentora da guarda, se a considerá-la descabida ou inoportuna¹⁹. Segundo o Art. 6 al. 2 GG, são os pais detentores da guarda que devem, em primeira linha, decidir se a celebração matrimonial de seu filho menor serve para o seu bem-estar. O Juízo de Família, em caso de contestação dos pais, somente deve conceder a liberação da obrigação da capacidade matrimonial, se a celebração do casamento, após ponderação de todos os motivos contra e a favor, corresponder ao bem-estar do menor^{19a}. Assim a contestação dos pais somente não se baseia em motivos concludentes, se eles aqui ofendem seu direito pessoal de forma objetiva (não culposa)²⁰. Existindo dúvidas sobre se a celebração do casamento corresponde ao bem-estar do menor, não deve ser concedida a liberação^{20a}.

Uma vez concedida a liberação da capacidade matrimonial através do Juízo de Família, o menor não necessita mais, para a celebração do casamento, do consentimento do representante legal (§ 1303 al. 4 BGB).

Com isto, a EheschlRG desvia-se da EheG. Após a liberação da capacidade matrimonial pelo Juízo Tutelar, contra o que não cabia direito de contestação por parte do representante legal (§ 1 al. 2 EheG.), necessitava o menor, para realizar o casamento, do consentimento de seu representante legal (§ 3 al. 1 BGB). O Juízo Tutelar podia substituir o consentimento, quando a recusa ocorresse sem motivos concludentes. Como o Juízo Tutelar tinha que decidir, tanto no caso da liberação da capacidade matrimonial, como também no processo de substituição do consentimento, conforme o bem-estar do menor, tendo em vista a celebração do casamento pretendida

19 - Para a substituição do consentimento pelo Juízo Tutelar segundo § 3 al. 3 EheG: BGHZ 21, 340, 347.

19a - MünchKomm/Müller/Gindullis, § 1303 Rn 19.

20 - Assim para a substituição do consentimento segundo § 3 al. 3 EheG: Göppinger, FamRZ 1959, 397 f; Gernhuber/Coester/Waltjen, § 9 II 4.

20a - MünchKomm/Müller-Gindullis, § 1303 Rn 19.

concretamente, deviam ser, conforme as condições, realizados dois processos que ao final tinham o mesmo objeto processual. Para desengano dos tribunais e para evitar um atraso da celebração do casamento, o Juízo de Família esclarece portanto em um único processo, concludentemente, em razão da contestação do representante legal ou de qualquer outro detentor da guarda pessoal, se pode ser concedida a autorização de celebração do casamento ao menor²¹.

Como o Juízo de Família, segundo o § 50a al. 1 FGG, tem que ouvir os pais antes de conceder a liberação, também não se deve temer que o menor apresente o pedido e case após a liberação sem que os pais tenham conhecimento disto e não possam apresentar de forma alguma a contestação.

- 15 d) Se o casamento for celebrado segundo o § 1303 al. 2 BGB, apesar da falta de capacidade matrimonial, sem liberação do Juízo de Família, então ele é anulável (§ 1314 al. 1 BGB).

Esquema de solução do caso 1:

I. A capacidade matrimonial de Michael

Michael pode celebrar um casamento por ser maior (§ 2 BGB) e portanto capaz matrimonialmente (§ 1303 al. 1 BGB), e também civilmente plenamente capaz. Portanto não depende da aprovação do casamento com Franziska por seus pais.

II. A capacidade matrimonial de Franziska

Sendo menor, Franziska não tem capacidade matrimonial (§ 1303 al. 1 BGB). Mas a seu pedido o Juízo de Família pode liberá-la da exigência da capacidade matrimonial (§ 1303 al. 2 BGB). Requisito para tal decisão é primeiramente que o futuro cônjuge Michael seja maior de idade e ela mesma tenha completado os 16 anos. Ambos os requisitos estão aqui preenchidos. Mas o juiz de família tem que ouvir os pais de Franziska (§ 50a al. 1 FGG), que

21 - BT-Drs. 13/4898, S. 29.

no caso não irão contestar a celebração do casamento. Não obstante, o juiz de família somente pode conceder a liberação, se o casamento ocorrer no interesse do bem-estar de Franziska. Aqui o tribunal tem que analisar, entre outras questões, se a requerente dispõe de maturidade psicológica e de caráter, necessárias para o casamento e se pode preencher as obrigações a isto relacionadas; se entre os nubentes existe uma união pessoal suficiente, se há um fundamento financeiro indispensável para uma união conjugal e se parece ser garantida a educação de uma criança que é esperada²².

Como ambas as partes ainda se encontram em formação profissional e dificilmente pode-se esperar um apoio financeiro de seus pais, falta-lhes quase que totalmente a necessária base financeira. Situações financeiras difíceis (falta de uma moradia adequada e de uma renda assegurada), como a experiência demonstra, também frequentemente sobrecarregam consideravelmente as relações pessoais dos cônjuges. Na idade de Franziska e Michael, e seu esforço devido à formação profissional, há dúvida se estão presentes as condições externas para uma educação adequada da criança que se espera. Não seria justificado conceder a liberação somente para que a criança possa nascer dentro de um casamento e nele se desenvolva. Não se ajuda o menor cujo bem-estar é interesse do Juízo de Família, decidindo, em primeira linha, abrir a ele o caminho para um casamento, cujo desenvolvimento está pouco garantido. Um divórcio posterior tem, freqüentemente, para o menor efeitos muito mais desfavoráveis que a não realização do casamento.

O Juízo de Família, portanto, somente concederá a liberação segundo o § 1303 al. 2 BGB quando, após ouvir o Juizado de Menores (§ 49a al. 1 N^o 1 FGG), se convencer de que Franziska e Michael, em razão de sua maturidade moral e psicológica, estarão aptos a vencer as difíceis situações externas.

22 - MünchKomm/Müller-Gindullis, § 1303 Rn 6.

Esquema de solução do caso 2:

I. Michael tem capacidade matrimonial (§ 1303 al. 1 BGB).
II. Franziska não tem capacidade para casar (§ 1303 al. 1 BGB).
No depoimento dos pais no Juízo de Família (§ 50a al. 1 FGG) os mesmos apresentarão contestação ao pedido de sua filha, de liberação da capacidade matrimonial. O Juízo de Família somente poderá conceder a liberação da capacidade matrimonial, contra a contestação dos pais, se a mesma não tiver como fundamento motivos concludentes (§ 1303 al. 3 BGB). Isto seria afirmativo se a decisão dos pais, numa análise objetiva, simplesmente não estivesse de acordo com o bem-estar de sua filha menor de idade. Mas sobre isto nem se discute, tendo em vista os enormes encargos externos a que estaria sujeito o casamento de sua filha com Michael. Existe o risco grave do casamento fracassar por causa das dificuldades externas. Mesmo que o Juízo de Família considere a decisão dos pais como inadequada, ele não poderia conceder a liberação porque eles, na sua decisão, ainda se mantiveram nos ramos de seu poder discricionário, que é conferido aos pais, em primeira linha detentores da guarda pessoal, através do Art. 6 al. 2 GG.

2. A DIFERENÇA DE SEXO ENTRE OS NUBENTES

- 16 Um casamento somente pode ser celebrado entre pessoas de sexos diferentes. Este requisito não é apresentado expressamente nos §§ 1303 ff BGB – ao contrário do direito austríaco (§ 44 AGBGB) ou do direito suíço (Art. 56 ZGB). Mas, segundo opinião predominante, ele resulta do entendimento histórico tradicional do casamento²³.

23 - Sobre isto *Hepting*, FamRZ 1998, 713, 716; *Bosch*, FamRZ 1997, 65, 72.

3. A AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Por causa da liberdade de celebração do casamento²⁴, garantida no Art. 6 al. 1 GG, o legislador tem somente uma pequena margem de atuação na colocação dos impedimentos matrimoniais. Os impedimentos matrimoniais estão regulados de forma concludente nos §§ 1306-1308 BGB. Sua quantidade já havia sido diminuída através da 1. EheRG, que derogou os antigos impedimentos de coabitação sexual (§ 4 al. 2 EheG aF), do adultério (§ 6 EheG aF) e do casamento com fim de adquirir o nome do cônjuge (§ 19 EheG aF). Através da EheschlRG são mantidos os impedimentos matrimoniais até agora existentes de parentesco por afinidade (§ 4 al. 1 EheG)²⁵, de tempo de carência (§ 8 EheG) e a falta de comprovante de partilha (§ 9 EheG). 17

Nos ramos dos impedimentos ainda válidos, existem dois impedimentos dissociativos (§§ 1306, 1307 BGB: “não se recomenda” = *darf nicht*) e um suspensivo (§ 1308 BGB: “não deve” = *soll nicht*). A violação de um impedimento matrimonial dissociativo conduz à anulação do casamento (§ 1314 al. 1 BGB). O impedimento matrimonial suspensivo, embora impeça o oficial do registro civil de receber as declarações dos nubentes, não toca na validade de um casamento já celebrado.

a) O impedimento dissociativo do casamento em caso de bigamia

O direito matrimonial alemão parte do princípio da monogamia. Portanto segundo o § 1306 BGB um casamento não pode ser celebrado, quando há um casamento entre as pessoas, que querem celebrar o casamento entre si, e uma terceira pessoa. Uma violação do 18

24 - BVerfG 31, 58, 67; 36, 146, 161.

25 - Sobre isto de forma crítica *Bosch*, NJW 1998, 2004, 2006; *Muscheler*, JZ 1997, 1142, 1144.

§ 1306 BGB conduz, em princípio, à anulação do casamento (§ 1314 al. 1 BGB). Além disto bigamia é punível penalmente segundo o § 172 StGB.

A anulação é excepcionalmente impedida, quando antes da celebração do novo casamento, foi declarado divórcio ou anulação do casamento anterior e a sentença tiver força de lei após a celebração do novo casamento (§ 1315 al. 2 N° 1 BGB). O § 1315 al. 2 N° 1 BGB baseia-se no pensamento de que não existe mais, na extinção do novo casamento, um interesse digno de proteção, quando os requisitos da bigamia deixaram de existir através da dissolução do primeiro casamento, que entrou em vigor ulteriormente. Também ocorrem particularidades, quando um cônjuge celebra um casamento, após o outro ter sido declarado morto (§ 9 VerschG), mas quando o mesmo ainda vive. Aqui o segundo casamento, contra o § 1314 al. 1 BGB, somente pode ser anulado quando ambos os cônjuges, quando da celebração do casamento, sabiam que aquele cônjuge declarado morto ainda vivia no momento da declaração judicial de óbito (§ 1319 al. 1 BGB). Se eles não tinham conhecimento disto, o casamento com o declarado morto se dissolve quando da celebração do novo casamento (§ 1319 al. 2 BGB). Mas o cônjuge anterior daquele que foi declarado morto também pode pedir a anulação do novo casamento, quando ele, no momento da declaração judicial de óbito, não sabia que seu cônjuge ainda vivia (§ 1320 al. 1 BGB).

b) O impedimento dissociativo do casamento em caso de parentesco

- 19 Por motivos éticos e morais a lei proíbe, no § 1307 BGB, um casamento entre **parentes em linha reta** bem como entre **irmãos**, também quando eles somente tem em comum uma parte parental. Um casamento celebrado contra o impedimento matrimonial é anulável (§ 1314 al. 1 BGB).

Parentes em linha reta são pessoas que descendem umas das outras (§ 1589 BGB). O grau de parentesco é indiferente. Portanto por exemplo é proibido o casamento não somente entre uma parte parental e o filho, mas também entre os avós e seus netos.

Os irmãos são citados especialmente no § 1307 BGB, porque eles não são parentes em linha direta mas somente na linha colateral (§ 1589 frase 2 BGB). Se uma criança é adotada segundo os §§ 1741 ff BGB, então extingue-se com isto a relação de parentesco com os parentes existentes até este momento (§ 1755 al. 1 BGB). Apesar disto o impedimento matrimonial ainda persiste (§ 1307 frase 2 BGB).

c) O impedimento matrimonial suspensivo em caso de parentesco por motivo de adoção

O § 1307 BGB não regula o caso de que o parentesco surgiu através da adoção. Isto decorre do § 1308 al. 1 BGB. Segundo o direito de adoção, a adoção tem por consequência que a criança menor adotada adquire a posição jurídica de um filho de ambos os cônjuges ou do adotante individualmente (§ 1754 BGB). Ao mesmo tempo extingue a relação de parentesco da criança com os seus parentes anteriores (§ 1755 al. 1 BGB). Esta extensão das relações de parentesco através de uma adoção tem em conta o § 1308 BGB: Um casamento não deve ser celebrado entre pessoas cujo parentesco, no sentido do § 1307 BGB, foi fundamentado através da adoção. Diferentemente do § 1307 BGB, trata-se de um **impedimento matrimonial suspensivo, cuja violação não conduz à anulação do casamento**. O Juízo de Família pode conceder a pedido, a liberação deste impedimento, quando entre o requerente e seu futuro cônjuge somente formou-se, através da adoção, um parentesco na linha colateral, desde que não hajam motivos concludentes que se oponham ao casamento. Para parentes na linha reta, ao contrário, não

é possível uma liberação. Se o casamento for celebrado em oposição a este impedimento matrimonial, então a relação de adoção é dissolvida aqui por força de lei (§ 1766 BGB).

4. A APRESENTAÇÃO DE UMA CERTIDÃO DE CAPACIDADE MATRIMONIAL

21 Se os requisitos de celebração de casamento regem-se pelo direito matrimonial estrangeiro (compare Art. 13 al. 1 EGBGB), então aquele que se submete ao direito estrangeiro deve trazer, segundo o § 1309 al. 1 BGB, uma certidão expedida pelo órgão público interno de seu país, de que não há nenhuma oposição (impedimento), segundo a ordem jurídica deste Estado, à celebração do casamento (certidão de capacidade matrimonial). Através disto deve ser garantido que o referido direito estrangeiro de celebração do casamento será aplicado de maneira adequada.

O presidente do tribunal estadual superior pode conceder, sob os requisitos do § 1309 al. 2 BGB, liberação da exigência de apresentação da certidão de capacidade matrimonial.

III. O prenome na celebração do casamento

22 A lei contém, nos §§ 1310-1312 BGB, certas disposições formais e determinações materiais para a celebração do casamento, visto como um ato formal de declaração. Mas sob o ponto de vista de sistematização da lei não se distingue – o que deveria se supor – entre normas materiais de um lado e disposições formais de outro. Os §§ 1310 e 1311 BGB regulam tanto questões materiais como também a forma das declarações de celebração de casamento. A sistemática da lei está direcionada para os efeitos jurídicos, que incluem lesões contra a referida norma jurídica. Uma violação à norma do § 1310 BGB, elementar à celebração do casamento, faz com que nenhum