

União Estável e Casamento

Fernanda Dias Xavier



ESCOLA DE
ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

TJDFT

Fernanda Dias Xavier

UNIÃO ESTÁVEL
E CASAMENTO:
A IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO À
LUZ DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE
E DA LIBERDADE

X3u

Xavier, Fernanda Dias.

União estável e casamento : a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade [recurso eletrônico] / Fernanda Dias Xavier. – Dados eletrônicos. – Brasília : TJDF, 2015.

ISBN: 978-85-60464-07-4

1. União estável. 2. Casamento. 3. Família. 4. Direitos e garantias individuais, Brasil. I. Título.

CDU 347.628



Direção-Geral

Des. George Lopes Leite

Coordenadoria de Cursos

Juiz Hilmar Castelo Branco Raposo Filho

Secretaria da Escola de Administração Judiciária

Arlete Garcia Rodrigues

APOIO

Primeira Vice-Presidência

Desa. Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias

Secretaria de Jurisprudência e Biblioteca

Tadeu Costa Saenger

COLABORAÇÃO

Subsecretaria de Biblioteca

Marcelo Hilário de Moraes

Serviço de Multimeios

Lumi Ozaki Fukushima

Serviço de Processamento Bibliográfico

Daniel Marcus Ribeiro

Olimpio Antônio Filho

Produção Digital

André Gonçalves Florencio

Alexandre Augusto Borges Gomes

Capa

Clarissa Silva de Azevedo

Conselho Editorial


Juiz Bruno André Silva Ribeiro

Juiz Luis Martius Holanda Bezerra Junior

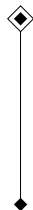
Juiz Ricardo Rocha Leite







*Dedico este trabalho especialmente
a meu marido Alessandro pela paciência e auxílio,
bem como aos meus pais, Eduardo e Tânia que,
com sacrifício e empenho, me deram os meios
para conseguir chegar até aqui.*



Sumário

CAPÍTULO I – A FAMÍLIA E A UNIÃO ESTÁVEL	21
» 1. A família	21
1.1 <i>Breves considerações sobre a evolução da família</i>	21
1.2 <i>A família moderna e a evolução jurídica no Brasil</i>	27
» 2. Uniões estáveis	31
2.1 <i>Considerações preliminares</i>	31
2.2 <i>A motivação das uniões estáveis: perspectivas históricas e sociais</i>	35
2.2.1 <i>O mundo</i>	35
2.2.2 <i>O Brasil</i>	40
» 3. Conceito de união estável	44
» 4. A evolução legislativa quanto aos relacionamentos informais no Brasil	46
4.1 <i>Do Brasil colônia ao século XX</i>	46
4.2 <i>Século XX, Súmula 380/STF e a Constituição de 1988</i>	49
4.3 <i>A Lei 8.971/94</i>	54
4.4 <i>A Lei 9.278/96</i>	57
4.5 <i>O Código Civil de 2002</i>	60



CAPÍTULO II – DIFERENÇAS ESTRUTURAIS ENTRE
CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

79

» 1. Natureza jurídica	79
1.1 <i>Casamento</i>	79
1.1.1 <i>Casamento no direito romano</i>	80
1.1.2 <i>Casamento no direito canônico</i>	82
1.1.3 <i>Casamento como instituição</i>	84
1.1.4 <i>Casamento como negócio jurídico</i>	86
1.1.5 <i>Casamento como contrato e como contrato/instituição</i>	86
1.1.6 <i>Análise crítica</i>	89
1.2 <i>União estável</i>	94
» 2. Requisitos	103
2.1 <i>União estável</i>	103
2.1.1 <i>Pressupostos subjetivos</i>	106
a) <i>Convivência More Uxor</i>	106
b) <i>Affectio maritalis ou objetivo de constituir família</i>	107



2.1.2 Pressupostos objetivos	108
a) Diversidade de sexos	108
b) Notoriedade/Publicidade	109
c) Estabilidade	110
d) Continuidade	111
e) Ausência de impedimentos matrimoniais	111
f) Monogamia	112
2.2 Casamento	114
2.3 Análise comparativa	117

CAPÍTULO III – UNIÃO ESTÁVEL, CASAMENTO E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA LIBERDADE, DA AUTONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 119

» 1. Considerações iniciais	119
» 2. Liberdade	123
» 3. Igualdade e seu alcance jurídico	124
» 4. Liberdade e igualdade – uma interpretação à luz da doutrina de Michel Rosenfeld	129



» 5. Liberdade e igualdade—o individualismo ético de Ronald Dworkin	132
» 6. Liberdade, paternalismo, dignidade da pessoa humana e John Stuart Mill	140
» 7. Autonomia privada, união estável e casamento	149
» 8. União estável: o Direito Constitucional de não casar	156

CONCLUSÃO	163
-----------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174
----------------------------	-----



Prefácio

O convite para prefaciar a presente obra proporcionou-me uma combinação muito especial de emoções. A primeira delas diz respeito à estupefação e à nostalgia que decorrem da verificação da passagem fulminante do tempo. Afinal, conheci Fernanda Dias Xavier no início de 1992, quando ambas tínhamos apenas dezessete anos e ingressávamos como calouras na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Naquela época, apesar de nossas grandes expectativas, o futuro era muito distante. Não sei se fazia parte dos nossos planos ou das nossas projeções o que hoje é uma realidade: uma de nós publicando um livro que a outra tem a oportunidade de prefaciar. O presente momento reveste-se, portanto, do encanto que a vida proporciona sempre que a passagem do tempo confirma nossos anseios mais especiais.

O segundo conjunto de emoções que veio com a execução desta “doce missão” está relacionado à amizade verdadeira que eu posso celebrar e registrar. Não tenho dúvida de que foi o critério do coração o que pode ter justificado a escolha da autora para me honrar com tamanha distinção, já que há inúmeras outras pessoas que poderiam se desincumbir desta tarefa com maior talento e competência. Entretanto, a autora generosamente escolheu a mim, que aceitei alegremente o convite pelo mesmo critério do coração, calcado nas mais de duas décadas em que estamos unidas por fortes laços de amizade, carinho, cumplicidade, confiança e admiração.

Todos esses sentimentos foram conquistados e moldados a partir do convívio diário nos bancos da faculdade e mantidos cuidadosamente mesmo após a conclusão do curso, por mais que nossos caminhos pessoais e profissionais nem sempre tenham coincidido ou andado próximos.



É o passado e o presente que construímos e vivemos juntas que me permitem falar, com “conhecimento de causa”, sobre muitas das qualidades da autora que se refletem na presente obra: inteligência, sagacidade, fluência verbal, grande capacidade de argumentação e exposição do pensamento, bem como coragem e firmeza. Não posso deixar de mencionar outro dado importantíssimo da sua personalidade, que poderá ajudar o leitor a compreender várias passagens do seu texto: Fernanda Dias Xavier não é mulher de tergiversar, de adotar “meias palavras” ou de querer agradar a todos. Seu estilo é direto e até mesmo cortante, indo além de uma mera instigação. Diante de um assunto delicado e cercado por tantos tabus e pré-compreensões, a autora não se preocupa em gerar incômodos nem em tirar o leitor de sua zona de conforto. Se bem a conheço, deve ter intencionalmente buscado esse efeito.

As características já descritas facilitam a explicação da terceira ordem de emoções que tive ao prefaciar esta obra, cujo conteúdo eu já conhecia desde que ela o apresentou, com muita competência, ao defendê-lo como dissertação de Mestrado perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília: a minha satisfação intelectual de ver o resultado final de um trabalho rico e importante, que trata com grande habilidade de um tema delicado – as aproximações e distinções entre união estável e casamento - a partir de uma perspectiva nem sempre explorada - a valorização da autonomia individual - e com o olhar daquele que, como a autora, pode unir a sofisticação teórica com a experiência prática que os anos como juíza de família lhe proporcionaram.

Como o leitor poderá perceber, o ponto alto do trabalho de Fernanda Dias Xavier não são apenas as suas conclusões, que, aliás, são generosamente antecipadas por ela já no título. O fascinante é o caminho argumentativo utilizado pela autora para chegar a tais conclusões, sempre atenta não apenas aos desdobramentos constitucionais e sociológicos que um tema como esse exige em sua abordagem, como também ao necessário diálogo com as opiniões contrárias à sua.

É com base nessa profunda e dialógica reflexão que a autora sustenta que, em um Estado Democrático de Direito, equiparações cegas podem comprometer de forma irremediável a autonomia privada. Afinal, a tentativa do Estado de proteger os cidadãos deles mesmos, considerando-os incapazes para assumir as consequências das suas decisões existenciais, pode ser nefasta para a liberdade e a dignidade das pessoas, legitimando uma verdadeira tirania estatal.



Para chegar a tais conclusões, a autora, em primeiro lugar, delimita com muita precisão o seu objeto de estudo, a fim de mostrar determinados aspectos que estão completamente fora da discussão sobre a inviabilidade da equiparação entre casamento e união estável. É o caso da proteção dos filhos, questão em relação à qual não pode haver dúvida de que o tratamento jurídico deve ser o mesmo, independentemente de se tratar de casamento ou união estável.

Estabelecidos os corretos parâmetros da discussão, a autora passa a defender, com muito vigor, que a necessidade de proteção da família não envolve a equiparação absoluta entre o casamento e a união estável, muito menos no que diz respeito ao regime patrimonial, aspecto em relação ao qual não haveria argumentos consistentes para afastar a autonomia privada dos envolvidos. Daí a sua conclusão, com suporte em experiências do direito estrangeiro, de que deveria ser a separação de bens - e não a comunhão parcial - o regime legal patrimonial das uniões estáveis.

Dentre os inúmeros argumentos para sustentar tal posição, a autora dá um especial destaque à simetria entre os companheiros, circunstância que impõe a necessária valorização das opções livre e conscientemente assumidas por eles. Note-se que, por trás desse argumento, há a afirmação veemente da igualdade entre os sexos e a recusa de tratar a mulher, na atualidade, como um ser necessariamente vulnerável e desprotegido. Assim, a autora definitivamente não adota a premissa que, de forma implícita ou explícita, norteou muitos dos avanços jurisprudenciais e legislativos em prol do reconhecimento da união estável: aquela que buscava reconhecer direitos patrimoniais a mulheres que assim viveram e se viam totalmente desamparadas, do ponto de vista material, ao final dessas uniões.

A posição defendida no trabalho deve, portanto, ser entendida no contexto de novas gerações de mulheres que, como felizmente é o nosso caso, são independentes, nunca foram inferiores aos homens nem assim se sentiram, nunca precisaram ou precisam, nem muito menos desejaram ou desejam a interferência estatal nas dimensões existenciais de suas vidas, mesmo que com a suposta finalidade de protegê-las. Por mais que as discussões sobre a união estável tenham uma maior amplitude, envolvendo até mesmo a questão das uniões homoafetivas, este dado não pode ser negligenciado para a adequada compreensão da controvérsia.



Fica claro, por essa brevíssima descrição, que a obra cuja honra eu tenho agora de prefaciar é de leitura extremamente proveitosa para todos os que se interessam não apenas pelo direito de família, mas também pelas discussões constitucionais a respeito da autonomia individual e da dignidade humana diante da interferência estatal. Como o leitor poderá verificar ao final da leitura, os argumentos expostos por Fernanda Dias Xavier devem ser considerados com muita seriedade, motivo pelo qual acredito que o seu livro passa, a partir de agora, a ser referência obrigatória em qualquer reflexão sobre o assunto.

Brasília, 31 de janeiro de 2015.

Ana Frazão

Professora Adjunta de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília



Introdução

As uniões livres e informais, durante longo período da história da humanidade e principalmente durante o século XVIII e início do século XIX, representaram a mobilidade de relacionamento adotada pela grande maioria dos casais na Europa e nas Américas.

Razões de ordem legal, cultural e econômica informaram tal faceta da sociedade, haja vista que inúmeros países possuíam leis proibindo o casamento entre pessoas destituídas de recursos, entre classes sociais ou entre raças.

A modernização dos meios de produção e a Revolução Industrial afastaram as pessoas da vida tradicional das comunidades rurais, contribuindo para engrossar o número de cidadãos que se viam proibidos de casar, mas que desejavam um relacionamento duradouro e uma família, forçando-os a viver em uniões informais.

Já no Brasil do século XX, fatores culturais existentes desde a época colonial, a impossibilidade do divórcio até 1977 e um aumento da tolerância social com os relacionamentos informais produziram a ampliação do fenômeno e um movimento jurídico-social para a sua aceitação como uma forma válida de constituição de família.

Diante de realidade social tão flagrante e de reiteradas decisões judiciais sobre o assunto, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a convivência fática entre homem e mulher e atribuiu-lhe o *status* de entidade familiar. Posteriormente, a fim de regulamentar tal dispositivo, editaram-se as Leis 8.971/94 e 9.278/96, cujas disposições foram, em sua maior parte, adotadas pelo novo Código Civil.

Ocorre que, desde a promulgação da nova ordem constitucional, a doutrina debate de forma desordenada e sem o devido cuidado ou profundidade o real objetivo do constituinte ao tratar das uniões estáveis e da possibilidade de sua equiparação total ao casamento.

Independentemente das peculiaridades individuais e da informalidade da convivência *more uxorio*, parte da doutrina vê no dispositivo invocado autorização constitucional para atribuir à união estável todos os direitos e garantias do casamento, além daqueles expressamente previstos na legislação própria, insurgindo-se de forma



enfática¹ contra toda e qualquer diferença legal, doutrinária ou jurisprudencial, sob o argumento de violação ao princípio da isonomia.

Defende-se que a determinação constitucional para que o legislador ordinário facilite a conversão da união estável em casamento visa tão-somente a tornar mais seguras as relações familiares, pois apenas o casamento seria capaz de trazer absoluta segurança para essas.

Assim, não seria a intenção constitucional criar famílias de primeira e segunda classes, mas apenas enumerar a diversidade de espécies de entidades familiares em igualdade de situação, sendo inconstitucional qualquer hierarquia axiológica entre essas, principalmente diante dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia (NEVARES, 2004, p. 201-202).

Comunga de tal entendimento Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 43), para quem o artigo 226, § 3º da Constituição Federal não contém qualquer espécie de determinação, mas apenas um comando dirigido ao legislador infraconstitucional para que remova ou deixe de opor dificuldades para os companheiros que desejem se casar. Em relação àqueles que optam por continuar vivendo informalmente, a tutela constitucional seria completa, em face do princípio da igualdade conferido a todas as entidades familiares.

Sustenta a outra corrente, contrária ao tratamento isonômico de tais categorias, que o texto constitucional, ao determinar que a lei facilite a conversão da união estável em casamento, está claramente demonstrando a diferença entre ambos e a primazia do matrimônio, como união solene, pois é inerente à idéia de conversão a de desigualdade, ou seja, não faria sentido a determinação de conversão de uma coisa em outra a não ser que sejam desiguais.

Os conceitos só se aproximariam para “efeito de proteção do Estado” (art. 226, § 3º, CF) e para garantir mecanismos capazes de atender aos interesses daqueles que vivem em tal situação, mas não para promover uma total e inexorável equiparação com o casamento (VIANA, 1999, p. 14-16)².

1 Conclamando uma equiparação total e absoluta: Belmiro Pedro Welter (1999, 14-27) e Nicolò Lipari (2005).
2 Neste mesmo sentido, Antônio Jorge Pereira Júnior (2003, p. 128-133), José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 7-8) e Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 51-52).



Defende-se, ainda, a impossibilidade de tratamento igualitário do casamento e da união estável, sob pena de violar-se a autonomia privada, garantida como forma de exercício de liberdade, princípio fundamental da própria Constituição (CAVALCANTI, 2003, p. 10-12).

Ao cuidar das chamadas famílias não-fundadas no casamento, assim também se manifesta o Professor Pietro Perlingieri (2002, p. 255-256), pois a plena equiparação estaria desconsiderando as especificidades do fato e resultaria no aviltamento injustificado da espontaneidade e da liberdade que originam a convivência *more uxorio*.

Sustenta-se ainda que, da mesma forma que não se pode confundir família e casamento, o simples reconhecimento da união estável como entidade familiar não teria o condão de equipará-la ao matrimônio (BARBOZA, 1993, p. 133).

A discussão em torno do tema mostra-se relevante porque o próprio legislador ordinário estabeleceu tratamento diversificado para os cônjuges e os conviventes, principalmente ao tratar da sucessão *mortis causa*³.

Enquanto o cônjuge tem o seu direito sucessório dependente do regime de bens do casamento, existindo a possibilidade de herdar os bens privados do *de cuius*, o companheiro tem a sucessão restrita aos bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento, o que cria a curiosa possibilidade de que, existindo apenas bens privados do falecido, herdem os colaterais de terceiro grau em detrimento do companheiro, caso não haja descendentes ou ascendentes.

Acrescente-se que a própria condição de herdeiro é questionada, pois o companheiro não se encontra incluído na ordem de vocação hereditária (art. 1829, do Código Civil), nem é tido como herdeiro necessário (art. 1845, do Código Civil), o que, em princípio, significaria a possibilidade de ser excluído por mera vontade unilateral do outro companheiro (testamento).

3 Justificada no relatório final do projeto do Código Civil pelo Deputado Roberto Frúza: "as diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – como instituição-meio – quanto o casamento – como instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. Nulidades, anulabilidade, separação, divórcio, figuras indissolúvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem, ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável."



Além disso, não lhe foi assegurado o direito real de habitação previsto para o cônjuge (art. 1831, do Código Civil) e os filhos nascidos de uma união estável não gozam da presunção de paternidade (art. 1597, do Código Civil).

Mostra-se curioso, contudo, que a doutrina que demanda a equiparação dos dois institutos não insista na atribuição ao casamento dos direitos e garantias próprios da união estável.

Além da questão da isonomia, debate-se a doutrina acerca de eventual violação à liberdade e à autonomia da vontade. Parte dela sustenta que a regulamentação da união estável atualmente existente viola tais princípios, refletindo ingerência desnecessária do Estado (VILLELA, 1995, p. 119; BITTAR, 1998, *passim*)⁴.

Em contrapartida, a ausência de normatização poderia resultar em liberdade sem limites, com imposição unilateral da vontade do mais forte, criando-se uma injustiça contrária à sociedade livre, justa e solidária preconizada pela Constituição Federal (AZEVEDO, Álvaro, 1994, p. 9-10).

No presente trabalho, buscou-se uma análise sistêmica da questão, construindo-se a base da discussão inicialmente por meio de breves considerações sobre a evolução histórica do conceito de família e de seu tratamento legislativo no Brasil.

Em seguida, pretendeu-se criar um quadro sobre a união estável ao longo dos tempos e principalmente seu tratamento legislativo no Brasil, além de uma abordagem social sobre os motivos que levam duas pessoas a viver informal e extramaritalmente, seja no mundo, seja em solo brasileiro.

Delineado o arcabouço histórico-social que não se pretende exaustivo, mas apenas suficiente para sustentar a discussão real sobre o tema, tratou-se das diferenças intrínsecas entre união estável e casamento, centrando-se a discussão nas variantes de requisitos para que se configurem ambos os institutos e em sua natureza jurídica díspar.

Embora se tenha plena consciência de que o debate sobre a natureza jurídica do casamento envolve a apreciação de conceitos que podem parecer estranhos ao direito de família, tais como contrato e negócio jurídico, é certo que não se pretendeu exaurir

4 Afirmando o contrário: GELLER; BORGHEZAN, 1998, p. 79; FACHIN, 1999, p. 67.



o assunto, suficiente para outro livro, sendo o objetivo do trabalho, nesse aspecto, trazer à tona apenas o fato de que há diferenças estruturais, principalmente se entendido o casamento como contrato, como ora se defende.

As proposições acerca da natureza jurídica da união estável também são as mais variadas e sabe-se que a posição firmada neste estudo mostra-se controvertida, principalmente à vista de inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça que elevam os relacionamentos estáveis informais ao mesmo patamar do casamento, atribuindo-lhe direitos e deveres similares aos do matrimônio⁵.

Com o propósito, contudo, de demonstrar a impossibilidade da equiparação propalada por parte da doutrina, buscou-se uma interpretação do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal com vistas a uma reconstrução do significado da união estável, utilizando-se para tanto elementos identificados por Michel Rosenfeld (negação, metáfora e metonímia), com a finalidade de estabelecer “um aparato institucional viável que deve, necessariamente, se assentar na história, nas tradições, no patrimônio cultural da comunidade política pertinente”, mas de forma a promover o respeito às diferenças dos indivíduos e ao pluralismo, pois esse “busca promover a maior diversidade possível de concepções de bem como meio para a maximização da autonomia e dignidade humanas” (ROSENFELD, 2003, p. 54).

A exegese mais consentânea com o Estado Democrático de Direito, portanto, não é aquela que assegure cegamente uma equiparação, mas aquela que garanta a mesma liberdade a todos os indivíduos, sem determinar a direção e o modo como devem exercer seus direitos, considerando sempre as diferenças próprias das duas categorias.

Considera-se que, para a finalidade deste estudo, a melhor opção é a abordagem do problema sob a ótica da interpretação construtiva, conforme preconizado por Ronald Dworkin, para quem isso implicará a “imposição de propósito sobre um objeto ou uma prática a fim de fazer dele (dela) o melhor exemplo possível da forma ou do gênero a que pertence⁶” (2004, p. 52).

5 REsp 23, DJU 16.10.1998, e REsp 440.394, DJU 10.02.2003, em que se reconheceu presunção de paternidade aos nascimentos ocorridos no curso de uniões estáveis. CC 10.469, DJU 06.02.1994, em que se equiparou a união estável ao casamento para efeitos do artigo 100, I, do Código de Processo Civil. REsp 74.467, DJU 30.06.1997, em que se admitiu a companheira como herdeira, pois essa teria sido equiparada constitucionalmente à esposa.

6 No original: “Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong”.



Dworkin propõe que a melhor interpretação é aquela que considera o direito como integridade, sendo possível decompor esse conceito em dois princípios: legislativo, de acordo com o qual os legisladores devem tentar fazer todo o sistema legal moralmente coerente quanto aos princípios; e jurisdicional, que demanda dos responsáveis por decidir o que é o direito que tratem o “sistema de normas públicas como se esse expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas” (2004, p. 217).

O próprio autor reconhece a dificuldade, senão a impossibilidade, de preservação da integridade legislativa diante da inexistência de um único esquema coerente de princípios, sob o qual se pudessem abrigar todas as regras e diretrizes em vigor (2004, p. 184 e 217).

Para este trabalho, contudo, interessa apenas o princípio jurisdicional, a fim de nortear a obtenção da melhor interpretação do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, aquela em que haja a mais satisfatória interação entre o propósito da norma e o seu objeto de forma mais coerente à vista dos princípios que orientam nosso ordenamento jurídico⁸.

Tais princípios não são meros valores que podem colidir entre si, mas *standards*⁹ vinculantes.

Deve-se, portanto, buscar o princípio que possua mais força, afastando-se uma interpretação que implique eleição do direito aplicável apenas em razão da discricionariedade do intérprete, ou seja, ela deverá ressaltar a necessária harmonia entre os princípios e não a mera ponderação em face da razoabilidade e da proporcionalidade,

7 No original: “the second requires our judges, so far as this is possible, to treat our present system of public standards as expressing and respecting a coherent set of principles, and, to that end, to interpret these standards to find implicit standards between and beneath the explicit ones”. Os mesmos conceitos são abordados também às páginas 167 e 175.

8 “A judge who accepts integrity will think that the law it defines sets out genuine rights litigants have to a decision before him. They are entitled, in principle, to have their acts and affairs judged in accordance with the best view of what the legal standards of the community required or permitted at the time they acted, and integrity demands that these standards be seen as coherent, as the state speaking with a single voice.” “Judges who accept the interpretative ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people’s rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community. They try to make that complex structure and record the best these can be” (2004, p. 218 e 255, respectivamente).

9 Para Dworkin, os princípios são *standards*, o que poderia ser traduzido como “pauta” ou “modelo” (nesse particular, cf. MOTTA, 2007, p. 30): “I call a principle a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality” (1978, p. 22).



haja vista que o trabalho do intérprete (principalmente no exercício da atividade jurisdicional) é fornecer a exegese que melhor garanta os direitos subjetivos em discussão (DWORKIN, R., 1978, p. 22-31; 1977, p. 38-65).

Rejeitou-se, portanto, a visão positivista que opta pela aplicação da discricionariedade, como defendido por H. L. A. Hart¹⁰, bem como a hipótese de colidência de princípios e sua solução pela utilização da proporcionalidade, pois a intenção é encontrar a interpretação que promova o equilíbrio entre liberdade, autonomia e igualdade, preservando-se da melhor forma possível a dignidade humana, sem neutralizar quaisquer dos princípios envolvidos¹¹.

Com esse objetivo em mente, este trabalho, em sua terceira parte, realiza uma análise da união estável, do casamento e do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal à luz dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, com ênfase na autonomia da vontade.

No aspecto liberdade, optou-se por trazer à tona a doutrina de John Stuart Mill, defendida no livro *On liberty*, por se entender que bem se enquadra no espírito do tema discutido, além de realizar efetivo vínculo com a questão da dignidade da pessoa humana.

Finaliza-se com a demonstração da existência de um direito constitucional de não casar, como dimensão passiva de um direito constitucional ao casamento, segundo o qual, com arrimo no direito ao livre desenvolvimento da personalidade como manifestação da liberdade civil, a ingerência do Estado não poderia implicar a atribuição de efeitos e conseqüências jurídicas que significassem a adoção de um estatuto jurídico igual ao do casamento¹².

10 Segundo o referido autor, a “textura aberta” do direito gera casos juridicamente não regulados, em que o direito se apresentará como indeterminado ou incompleto, devendo o juiz exercer seu poder discricionário e criar o direito, observando-se, contudo, que esse poder criador estará sempre limitado pelo direito estabelecido. Afirma o autor que a decisão, contudo, não poderá ser tomada de forma arbitrária. Imprescindível que deduza razões gerais para justificar a decisão e que aja como um legislador consciencioso, observando suas próprias crenças e valores. Conclui que os padrões e razões não precisam ser ditados pelo direito (2007, p. 335/336).

11 Dworkin entende que a integridade não estaria satisfeita se qualquer um dos princípios fosse completamente rejeitado: “No general interpretation that denied either one [no texto, está-se tratando dos princípios da simpatia e da responsabilidade] would be plausible; integrity could not be served if either were wholly disavowed. (...) Integrity demands this because it demands that I continue the overall story, in which the two principles have a definite place, in the best way, all things considered” (2004, p. 270).

12 A esse respeito, cf. Pedro A. Talavera Fernández (2001, p.137).



Capítulo I

A FAMÍLIA E A UNIÃO ESTÁVEL

| 1. A família

1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Talvez nenhum elemento social seja tão universal quanto a família¹³, ambiente onde os indivíduos aprendem a comer, falar, andar, adquirem sua identidade e modos de comportamento, pois todas as culturas, sejam do passado ou do presente, trazem em seu bojo esse organismo.

Mostra-se, contudo, impossível conceituar a família de forma universal, perene e absoluta, pois sua estrutura depende diretamente da cultura social, do regime político, do sistema econômico e da religião existentes em um determinado lugar e tempo.

Em razão disso, sua análise fascina diversos ramos das ciências sociais, como a antropologia, a sociologia, a psicologia e o próprio direito. Sua estrutura está em constante alteração e é produto da história humana, sujeitando-se a todas as suas evoluções e revoluções, sendo possível afirmar, contudo, que a família moderna ocidental¹⁴ tem suas raízes na família medieval, a qual, por sua vez, sofreu direta influência dos romanos e dos bárbaros.

Embora não seja possível precisar quando e como se originou a família, é certo que, ao longo dos tempos, variaram suas formas, o número de seus membros, os modos de exercício de autoridade, os direitos e deveres de cada componente.

-
- 13 Segundo a historiadora Alzira Lobo de Arruda Campos, a família poderia ser considerada a instituição predominante na formação do Brasil: "De fato, o familismo impregna o corpo social do Brasil colônia, constituindo uma espécie de tecido infiltrativo da organização humana. As tramas familiares e de parentesco (real ou mítico) dispunham sobre relações sociais e processos de produção; intervinham no código e no exercício do poder; criavam modelos biológicos e estabeleciam metas culturais. A instituição familiar confundia-se com a instituição pública e as relações de parentesco serviam de modelo às relações sociais e políticas, numa época em que a distinção entre o privado e o público era bastante esmaecida" (2003, p. 16).
- 14 As práticas familiares não se modificam apenas em relação ao tempo, mas aos lugares e diferentes culturas, não sendo objeto do presente trabalho analisar a família nos diversos continentes, mas apenas fornecer introdução para o tratamento dado por nosso ordenamento jurídico às relações familiares, principalmente no que concerne à união estável.



O presente trabalho não tem a pretensão de investigar a fundo o tema, mas apenas a de traçar algumas linhas sobre a evolução da estrutura familiar, a fim de situar as transformações por ela sofridas, possibilitando melhor compreensão das novas formas de família existentes em nossa sociedade, em especial as uniões estáveis que, até vinte anos atrás, não eram reconhecidas no Brasil como entidades familiares, tratando-se as relações jurídicas delas oriundas principalmente no campo do direito das obrigações, como veremos adiante.

Não se pode falar em origem da família moderna sem fazer referência ao direito romano e o primeiro problema encontrado é a ambigüidade da própria palavra família¹⁵, que nos textos romanos também era empregada na acepção de herança, patrimônio e conjunto de escravos (ALVES, 2007, p. 114), além de destinar-se a pessoas ligadas por um vínculo de parentesco.

Nesta última acepção, o termo família era empregado comumente em dois sentidos:

- a. em sentido amplo (*familia communi iure*), representando o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum agnado¹⁶, sob cujo poder estariam se ainda fosse vivo; e
- b. em sentido restrito (*familia proprio iure*), representando o conjunto de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias* (necessariamente um homem, não subordinado a outro ascendente masculino).

Servia também para designar a *gens*, cujos membros acreditavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorável, do qual recebiam o nome gentílico, responsável por sua vinculação; a família natural, formada pelos cônjuges e seus filhos, ainda que o marido não fosse *pater familias*; e o conjunto de cognados em sentido estrito, ou seja, pessoas unidas pelo parentesco consanguíneo, mas sem agnação.

A família romana, no direito pré-clássico, era fundada no casamento e rigidamente patriarcal, gozando de relativa autonomia em relação ao Estado, que não interferia nas questões surgidas em seu âmbito, tratadas e decididas pelo *pater familias*, que possuía poder de vida e morte sobre os filhos.

15 A palavra derivaria do latim *famulus* (escravo doméstico, servo) ou de palavra comum indo-européia que significaria *casa*. Neste último sentido: GIES; GIES, 1989, p. 4.

16 O parentesco agnático era transferido apenas pelos homens, ao contrário do cognático, propagado pelo sangue e transmitido tanto pelos homens quanto pelas mulheres.



A *potestas* exercida pelo *pater familias* enfraqueceu no período clássico, em decorrência da decadência da família *proprio iure*, da importância progressiva da família natural, fundada no casamento e no parentesco consanguíneo, e na intervenção maior do Estado, com a introdução de leis destinadas à regulamentação das relações familiares.

Essa tendência continuou no período pós-clássico, culminando no direito justiniano com o triunfo do parentesco cognatício sobre o agnatício, abolido na Novela 118, e com a possibilidade de aquisição de propriedade individual pelos filhos.

Na Grécia antiga, a família era similar à dos romanos, girando em torno do culto aos ancestrais e também assentada firmemente sobre o casamento. Com a finalidade de impedir que as famílias se extinguissem e com isso a religião, havia leis proibindo o celibato e punindo aqueles que não se unissem formalmente, uma vez que os filhos ilegítimos (νόθος) não poderiam herdar nem dar continuidade ao culto (COULANGES, 2004, p. 72-75).

A função da família entre os povos bárbaros (ostrogodos, visigodos, francos, entre outros) não era tão diferente daquela existente em Roma em seus estágios iniciais. Cuidava-se da unidade básica da sociedade, seja econômica e socialmente, quanto nos aspectos jurídico e religioso.

As famílias agregavam-se em grupos, chamados *Sippe*, aparentemente fundados por um indivíduo de renome e que duravam algumas gerações, ocupando um território determinado em regime similar ao dos senhores feudais¹⁷.

Os bárbaros possuíam um equivalente ao *pater familias*, o *mundium*, que detinha autoridade equiparável, mas com a diferença de que os filhos homens adquiriam independência com a maioria.

As transformações sociais e econômicas desses povos resultaram na família medieval ocidental, com firmes origens nos modelos romano e bárbaro.

Ao final do império romano, os campos europeus eram dominados por grandes latifúndios com mão-de-obra escrava, situação que se alterou por volta do ano 700, quando foram substituídos por pequenas fazendas operadas por famílias, inicialmente servos de um senhor feudal que, posteriormente, passaram a homens livres.

17 Não há consenso absoluto quanto à função da *Sippe* (GIES; GIES, 1989, p. 31-32).



A colonização de terras desconhecidas também contribuiu para que o lar familiar passasse a ser a unidade econômica básica da agricultura.

A influência do cristianismo, por sua vez, foi determinante para a formação de um novo conceito de família, em que se abominava a poligamia e o incesto, firmando-se o casamento como fonte da família legítima, razão pela qual a Igreja instituiu regras cada vez mais severas sobre impedimentos matrimoniais¹⁸.

Por entender o casamento como sacramento (portanto indissolúvel) e a única forma admissível perante Deus de manutenção de relações sexuais, todas as demais relações entre homens e mulheres, estáveis ou não, deveriam ser desconsideradas.

A presença católica na sociedade contribuiu, ainda, para a redução da influência paterna, uma vez que se exigia o consentimento de ambos os nubentes para o casamento, bem como foi determinante no processo de resgate da mulher como pessoa capaz de externar sua vontade, pois homens e mulheres seriam moralmente iguais perante Deus¹⁹.

Esse processo já se iniciara no direito romano, uma vez que a celebração do casamento dependia de expressa manifestação do consentimento feminino, independentemente de se tratar de casamento *cum manu* ou *sine manu*²⁰.

Acrescente-se que boa parte das mudanças sofridas no seio da família derivou da própria alteração da natureza do casamento que, com a Reforma Luterana e a Revolução Francesa, passaram a interessar diretamente ao Estado, operando-se a secularização do instituto e abrindo-se espaço para o aumento da ingerência estatal em assuntos que antes eram essencialmente privados ou religiosos.

Deve-se ressaltar que, embora a família moderna possua traços similares ao da família natural romana, até o século XVIII o termo família não se destinava à qualifi-

18 São Bonifácio (672-754) chegou ao ponto de proibir o casamento de um homem com uma mulher, se aquele houvesse mantido relações sexuais com algum parente dessa, o que foi parcialmente adotado pelo Concílio de Trento, na Seção XXIV, de 11.11.1563, Capítulo IV. No século IX, a Igreja substituiu o método romano de contagem de parentesco pelo germânico. O método romano é o atualmente utilizado por nossa legislação, consoante artigo 1594, do Código Civil, enquanto o germânico contava os graus do parentesco colateral subindo apenas ao ascendente comum, o que fazia com que primos "em primeiro grau" fossem parentes em segundo grau e não em quarto, reduzindo as chances de casamento sem impedimentos, principalmente entre a nobreza.

19 Essa condição de igualdade estava presente na questão do consentimento de ambos os nubentes, não afastando a supremacia do marido como chefe da família e responsável pela fixação do domicílio conjugal. Situação que, no direito brasileiro, só veio a se modificar de forma definitiva com o advento do Código Civil de 2002.

20 Cf. Capítulo II, item 1.1.1.



cação do núcleo pai-mãe-filhos e sim daqueles que viviam em uma mesma casa, incluindo os empregados e escravos²¹, o que significava um grupo relativamente grande de pessoas, em geral sem vínculo consanguíneo.

O número extensivo de seus membros²² pode ser justificado pelo fato de que, até a Revolução Industrial, a família exercia múltiplas funções, principalmente nos países onde ainda não existia um governo centralizado, consistindo em organização defensiva e política, em escola, igreja, sistema judicial e unidade de produção.

Com o passar do tempo, tais atribuições foram sendo gradualmente transferidas para o Estado, a Igreja e o mercado. Em conseqüência, a família sofreu nuclearização progressiva²³, bem como houve o enfraquecimento da figura paterna autoritária²⁴.

A respeito dessa então nova tendência, Frédéric Le Play, historiador amador francês do século XIX, em seu livro *L'organisation de la famille selon le vrai modele signalé par l'histoire de toutes les races et tous les temps*²⁵, distinguia estruturalmente três tipos de família.

Em primeiro lugar, tinha-se a família patriarcal, atualmente conhecida como *joint family*, *famille indivise* e família indivisa, na qual os filhos permaneciam com ou próximos do pai, que continuava a exercer sua autoridade sobre eles e seus descendentes. Havia, ainda, a família tronco (*famille souche*, *stem family*), em que o pai possuía o controle sobre a transmissão da propriedade, atribuída ao filho mais velho que,

-
- 21 Essa amplitude do conceito de família ainda traz reflexos em nosso ordenamento jurídico, como se pode observar do artigo 1412, § 2º, do Código Civil, que, ao tratar do uso, determina que as necessidades da família do usuário compreendem as de seus cônjuges, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico.
 - 22 A historiadora Eni de Mesquita Samara afirma que as famílias extensas e do tipo patriarcal não foram as predominantes no Brasil, onde seriam mais comuns núcleos com estruturas mais simplificadas e menor número de integrantes, limitando-se o tipo de organização "casa-grande" ao ambiente rural, ao contrário do que seria afirmado por Gilberto Freyre (1993).
 - 23 A redução do núcleo familiar nas famílias contemporâneas, com a aparição cada vez mais freqüente de indivíduos vivendo sozinhos, pode também ser atribuída à expansão do Estado social, uma vez que as pessoas mais idosas possuem condições de viver independentemente em razão das pensões previdenciárias fornecidas pelo poder público, tornando desnecessário o auxílio de outros parentes (ROTHENBACHER, 1998, p. 10-12).
 - 24 Göran Therborn identifica, a partir de 1900, três grandes mudanças institucionais e econômicas que seriam responsáveis pelo enfraquecimento do patriarcado: a) a proletarianização, pois o pai proletário não teria propriedade para transmitir para os filhos e seu poder estaria submetido ao dos proprietários da terra ou do capital; b) a urbanização, "pela sua exibição de heterogeneidade, suas ofertas de opções, na medida em que escapava do controle social"; e c) a industrialização, em razão da separação entre o local de trabalho e a residência, o que enfraquecia a supremacia paterna. Acrescenta, ainda, um quarto fator que seria a escolarização pública, responsável por retirar as crianças da influência direta dos pais (2006, p. 41-42).
 - 25 Não sendo possível a localização de tal obra, utilizaram-se as referências a ela feitas por Frances e Joseph Gies (1989, p. 4-5) e Göran Therborn (2006, p. 18-19).



mesmo casado, permanecia com os pais, pois herdava o patrimônio paterno e passava a administrá-lo, enquanto o restante da prole recebia apenas um legado, estabelecendo-se por conta própria. Tal forma de estrutura familiar existia principalmente na Inglaterra, com suas leis de herança pelo primogênito.

Por fim, identificou-se a família instável, própria da classe trabalhadora europeia, caracterizada pelo autor como egoisticamente individualista, pois colocava acima dos valores tradicionais a intimidade e os sentimentos de seus membros. Tal estrutura representava uma família formada a cada casamento, ampliada pelo nascimento de filhos e reduzida pela saída posterior desses do lar comum e formação de novas famílias, extinguindo-se com o falecimento do casal inicial.

Esse modo de organização familiar é, em menor ou maior grau, bastante comum na sociedade ocidental²⁶.

A entidade familiar do século XIX guarda ainda traços da hierarquia romana decorrentes principalmente da família estruturada pelo Código Civil Napoleônico ao redor do marido, chefe de família, a quem mulher e filhos devem respeito e obediência. Seu fundamento era o casamento, passando o Estado a fixar regras precisas sobre quando há família legítima, sua formação e continuidade.

Cumprir observar, contudo, que a partir do momento em que enfraqueceu a função da família como núcleo econômico e de produção e entrou em declínio seu caráter hierarquizado, com o reconhecimento da igualdade entre homem e mulher e a alteração da compreensão do que em verdade constituem os deveres dos pais para com os filhos, fortaleceu-se a família como espaço para o afeto e o amor, passando-se a identificar outras formas mais modernas de organização familiar, tais como as famílias monoparentais, aquelas decorrentes de uniões estáveis ou homoafetivas e as famílias reconstruídas.

O Estado, todavia, não deixou de ter interesse no núcleo familiar, externando regras destinadas a resguardá-lo, a preservá-lo e a assegurar a seus membros direitos subjetivos decorrentes de tal proteção, como se pode observar dos artigos 226 e 227, da Constituição Federal de 1988, pois, estando o indivíduo vinculado à sociedade via família, a sua proteção repercute diretamente na estrutura estatal.

26 Para Orlando Gomes, "a família d'hoje tem principalmente função de consumo; objetivo do bem-estar se converte em uma necessidade política, todos aspirando à saúde, alimentação, repouso, lazer, instrução, condições toleráveis de trabalho e de vida decente sem os controles sociais tradicionais" (1994, p. 17).



1. 2 A FAMÍLIA MODERNA E A EVOLUÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

Em termos de direito de família, o ordenamento jurídico brasileiro buscou inspiração no direito canônico e no direito português, que se orientavam para o casamento como formador da família legítima.

As Constituições de 1824 e 1891 silenciaram sobre o tema, muito embora o Decreto 181/1890, em seu artigo 56, §1º, previsse como efeito do casamento a constituição da família legítima²⁷, disposição que foi reproduzida pelas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967²⁸.

As Ordenações Filipinas, revigoradas pela Lei 5, de 20.10.1823, serviram como arcabouço legal até o advento do Código Civil de 1916, ainda que, em termos de direito matrimonial, as regras canônicas estabelecidas pelo Concílio de Trento e pelas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia tenham sido acolhidas em 1827, com posterior consolidação em 1857, em trabalho de Teixeira de Freitas.

O Código Civil de 1916, por sua vez, não abriu qualquer espaço para outras formas de organização familiar que não aquela decorrente do casamento, limitando-se a tratar do concubinato sempre como sinônimo de relação adúlterina ou para permitir o reconhecimento de filhos (art. 363, I), desde que ausente qualquer impedimento dirimemente absoluto ao casamento.

Em verdade, como bem observado por Eduardo de Oliveira Leite (1993, p. 96), cinco eram os princípios que vigoravam no direito de família até 1988:

- a. o da qualificação como legítima da família constituída segundo os parâmetros estabelecidos na legislação civil;
- b. o da categorização dos filhos, com diversidades de estatutos;
- c. o da diferença de estatutos entre o homem e a mulher na sociedade conjugal;
- d. o da indissolubilidade do vínculo matrimonial;
- e. e o da proscrição do concubinato.

27 Desde os tempos do Brasil colônia, o casamento “funcionava como um dos meios mais importantes de conservação e acesso a *ranks* superiores, numa sociedade em que a mobilidade vertical era necessariamente limitada” (CAMPOS, A., 2003, p. 20).

28 O artigo 144, da Constituição de 1934, dispõe que “a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. As Constituições de 1937, 1946 e 1967 contêm disposições similares respectivamente em seus artigos 124, 163 e 167. Esse último passou a ser o artigo 175 após a EC 1/69.



Com o passar do tempo, a jurisprudência foi criando fundamentos jurídicos para reconhecer aos conviventes direitos (evolução que será analisada em item próprio), bem como a legislação passou a promover uma equiparação gradual entre os filhos²⁹ e entre os cônjuges³⁰, alterando em definitivo a face da família brasileira.

Esse processo culminou com a Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 226, estabeleceu a família como base da sociedade e passou a reconhecer, para efeitos de proteção do Estado, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidades familiares (§§ 3º e 4º), além de promover a igualdade entre marido e mulher (§ 5º) e entre filhos (art. 227, § 6º).

29 O Decreto-lei 4.737/42 autorizou o reconhecimento de prole oriunda de pessoas desquitadas, prescrevendo no seu art. 1º que filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio podia, **após o desquite**, ser reconhecido ou demandar que se declarasse sua filiação. Caio Mário da Silva Pereira salienta que, embora fosse plausível a extensão da permissão legal quando o casamento se findasse em razão de morte ou anulação, a jurisprudência orientou-se inicialmente para uma interpretação restritiva do dispositivo, ainda o Supremo Tribunal Federal se tenha rendido ao final, em acórdão de 31.08.1951, de relatoria do Ministro Hahnemann Guimarães (PEREIRA, C., 2001, p. 76-77). A Lei 883/49 estendeu a possibilidade de reconhecimento voluntário ou judicial de filho adúltero ou de ação para que se lhe declarasse a filiação, quando fosse dissolvida a sociedade conjugal, sem especificar a causa (desquite, morte, divórcio). Atribuiu, ainda, direito sucessório mitigado e permitiu ao filho ilegítimo (leia-se adúltero) o ajuizamento de ação de alimentos, em segredo de justiça, mesmo na pendência de sociedade conjugal. A Lei 6.515/77, em seu art. 51, acrescentou um parágrafo único ao artigo 1º da Lei 883/49 para permitir, ainda na vigência do casamento, que qualquer dos cônjuges pudesse reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho. O art. 2º também foi modificado para estender a quaisquer filhos, havidos ou não na constância do casamento, naturais ou espúrios, o direito à herança em igualdade de condições.

Posteriormente, a Lei 7.250/84 permitiu o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 anos contínuos, mediante sentença transitada em julgado e a Lei 8.560/92 admitiu a investigação de paternidade contra homem casado ou pelo filho de mulher casada contra seu verdadeiro pai.

30 Pelo Decreto 181/1890, o casamento tornava o marido chefe supremo da família e a mulher devia-lhe subordinação e respeito, bem como dependia de autorização daquele para o exercício de uma profissão, além de ter a "honra" de adotar os apelidos do marido e não participar na educação dos filhos, cujas diretrizes eram estabelecidas pelo varão.

Com o Código Civil de 1916, o marido tinha a representação legal da mulher, a administração dos bens comuns e dos particulares dessa, cuja responsabilidade lhe competisse pelo regime de bens adotado ou pelo pacto antenupcial. Mantiveram-se as prerrogativas maritais de fixação de domicílio e de autorização para o exercício pelo cônjuge virago de profissão. Além disso, a mulher sofria de *capitis deminutio*, pois, ao casar, passava a ser relativamente capaz, perdendo a possibilidade de gerir a sua pessoa e os seus recursos sem o concurso assistencial do marido, especialmente em relação aos filhos menores de leite anterior. Acrescente-se que não podia votar, seu adultério era crime instantâneo, ao contrário do masculino que dependia da habitualidade (Código Penal de 1890), e seu defloramento antes do casamento era motivo para anulação do ato.

A Lei 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, alterou em parte tal situação tão desigual, assumindo a mulher a condição de companheira e colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral dessa. Foi-lhe devolvida a capacidade absoluta e, embora prevalecendo a vontade do marido, eventuais divergências sobre a administração da família poderiam ser levadas ao Poder Judiciário.

Com a possibilidade do divórcio, instituída pela EC 9/77, adveio a Lei 6.515/77 que facultou à mulher o uso dos apelidos do marido.



As principais alterações importaram em profunda modificação do paradigma de família então existente, pois se protege a família como base da sociedade (qualquer que seja a sua origem), reconhece-se a igualdade intrínseca entre homens e mulheres e entre os filhos, promovendo-se a efetividade do princípio da isonomia.

Atualmente, a família é considerada como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, conforme Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 99.710, de 21.11.1990.

Não resulta mais exclusivamente do matrimônio e, com a repersonalização das relações familiares, deve ser analisada à luz dos laços afetivos entre seus membros. Destina-se, portanto, ao desenvolvimento e à busca da felicidade de cada um de seus integrantes (LÔBO, 2004; CASABONA, 2004, p. 383-386; BRAUNER, 2004, p. 255-278), pois é núcleo de construção da identidade do sujeito.

A família está hoje voltada para o indivíduo³¹ e sobrepõe-se ao parentesco consanguíneo (MADALENO, 2004a), exigindo-se da sociedade a aceitação, em nome do princípio democrático do pluralismo, de diversas formas de entidades familiares, com respeito às diferenças intrínsecas a cada uma delas.

O afeto passa a ser essencial na formação de relações familiares, criando-se o conceito de parentesco socioafetivo, que, conforme lição de Luiz Edson Fachin, se assestaria na redação do artigo 1593, do novel Código Civil, que determina ser o parentesco natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou *outra origem*.

Poder-se-ia reconhecer, portanto, a filiação socioafetiva, pois “o elemento material da filiação não é tão-só o vínculo de sangue, mas a expressão jurídica de uma *verdade socioafetiva*” (FACHIN, 2003, p. 24), captada juridicamente na expressão posse de estado de filho, ou seja, o fato necessário à formação do vínculo de parentesco não é apenas biológico, mas social, revelado no tratamento dado pelos pais ao “filho” perante o grupo social e, principalmente, nas esferas psicológica e afetiva.

31 “Dans cette conception moderne de la famille, la notion de rôle attaché au sexe ou à l'âge en fonction de critères rigides disparaît. La famille n'est plus un petit groupe en fonction duquel les individus jouent des rôles prédéterminés, en fonction de leur sexe ou de leur âge. Le concept de personne remplace celui de rôle attaché au sexe et à l'âge. L'individu est une personne, un être humain à part entière que à la liberté de choisir ses rôles afin de développer toutes ses potentialités” (MICHEL, 1975, p. 131).



Prossigue o autor, afirmando que

a verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade. (2003, p. 25)

A questão da socioafetividade vem assumindo enormes proporções entre os doutrinadores atuais do direito de família, afirmando Belmiro Pedro Welter (2002, p. 117-140) que a possibilidade de alteração da coisa julgada em ações de investigação de paternidade em que não houve a realização de exame de DNA (quando esse não existia ou a ele não se tinha acesso) só seria possível na ausência de filiação socioafetiva, pois essa se sobreporia à verdade biológica. Fala-se, inclusive, em investigação de paternidade socioafetiva *post mortem*³².

Ora, diante de tantas realidades e espécies diferentes de relacionamento, não se pode firmar um conceito de família, pois cada tipo terá elementos próprios.

Fala-se em famílias matrimoniais, famílias decorrentes de uniões estáveis, famílias monoparentais, famílias de uniões homoafetivas e famílias reconstituídas³³.

Além disso, cada área do direito possui um conceito diferenciado do que seria família. A Lei 8.245/91, em seu artigo 11, I, abrange o locatário e todas as pessoas que vivam sob sua dependência econômica, desde que residentes no imóvel. O artigo 241, da Lei 8.112/90, considera família do servidor público, além do cônjuge e dos filhos, quaisquer pessoas que

-
- 32 Alguns pleiteiam as chamadas adoções póstumas que não deixam de implicar o reconhecimento da intenção de ter como filho e, portanto, do vínculo socioafetivo, pedido já admitido no REsp 457.635/PB, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 17.03.2003. Deve-se ter muita cautela com esse tipo de pedido, uma vez que o suposto pai ou mãe não está vivo para externar sua verdadeira vontade, demonstrando a experiência que muitos desses requerimentos somente são formulados após a morte do interessado e quando há patrimônio. De igual modo, as pessoas podem acolher outras em sua casa, por sentimento de solidariedade, criando-as em meio ao restante da prole, mas sem a intenção de tê-las como filhas, o que deve ser respeitado. Do contrário, poderá ser incutido na sociedade o medo de ajudar o próximo e ser obrigado a incluí-lo como filho. Mesmo raciocínio, aplica-se nas famílias reconstituídas em que filhos do outro cônjuge ou companheiro são bem recebidos, mas sem a intenção de tê-los como próprios, o que poderá ser forçado por eventual decisão judicial, pondo fim, até mesmo, ao afeto existente. A socioafetividade merece respeito e reconhecimento judicial, mas não deve ser levada ao extremo.
- 33 Por famílias reconstituídas, "reconstruídas, seqüenciais ou heterogêneas entende-se o núcleo familiar formado por pessoas que saíram (através do divórcio, separação ou dissolução de uma união estável) de uma primeira união, da qual tiveram filhos, ou os adotaram, e ingressam em uma nova relação, unindo-se ou casando-se novamente (rematrimônio). É preciso que exista ao menos um filho de uma união anterior de um dos pais". (BRAUNER, 2004, p. 274).



vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual. Para efeitos sucessórios, o conceito abrange os parentes consangüíneos em linha reta *ad infinitum*, os cônjuges ou companheiros, e colaterais até o quarto grau. Em se tratando de alimentos, a obrigação familiar está restrita aos cônjuges, companheiros, parentes consangüíneos em linha reta *ad infinitum* e irmãos (arts. 1694, 1696 e 1697, do Código Civil). Para fins previdenciários, são considerados dependentes do segurado o cônjuge ou companheiro, o filho não emancipado até 21 anos ou inválido, os pais, o irmão não emancipado menor de 21 anos ou inválido e o enteado, com dependência econômica comprovada (art. 16, Lei 8.213/91).

Interessa a este trabalho, contudo, apenas as entidades familiares fundadas na convivência *more uxorio* e no casamento.

| 2. Uniões estáveis

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O relacionamento informal entre homens e mulheres é inegavelmente um fato social e não foi inventado pela sociedade moderna. Em verdade, sempre existiu na humanidade e o casamento é apenas uma forma de legalização de tais situações, ou seja, o que hoje chamamos de união estável preexiste ao conceito de matrimônio.

Já dizia Vírgilio de Sá Pereira que a família não é criada pelo legislador, mas pela natureza:

agora, dizei-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequeno ser, que é o fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isso: o acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. (1959, p. 90)

As uniões informais podiam ser monogâmicas ou poligâmicas.

A própria Bíblia traz vários exemplos de situações em que os homens possuíam uma ou várias esposas e também concubinas, como se pode observar da história de



Abraão³⁴, entre Agar e Sara, de Lamec, entre Ada e Zillah³⁵, e de Salomão³⁶, a quem se atribuem setecentas mulheres e trezentas concubinas.

Na Grécia antiga, houve o notório romance entre Aspásia e Péricles (c. 495/492 a.C.-429 a.C.), que não podiam casar por ser ela estrangeira e por ter ele se separado de sua primeira esposa, sendo que anteriormente ela mantivera relacionamento com Sócrates. Além de Aspásia, citem-se ainda Gnatená, companheira do poeta Dífilo, e Laís, do pintor Apeles (século IV a.C) (DIAS, 1975, p. 19).

Em Roma, segundo leciona José Carlos Moreira Alves (2007, p. 671-673), o concubinato, entendido como união extraconjugal estável³⁷, era ignorado pelo direito no período republicano, mas passou a ser levado em consideração, ainda que de maneira indireta, pelas *Lex Iulia et Papia Popaea de maritandis ordinibus* e *Lex Iulia de adulteriis*, que proibiam o casamento de senadores com determinadas classes de mulheres, razão pela qual poderiam manter apenas tacitamente concubinato, e consideravam crime o relacionamento extraconjugal de homem com mulher ingênua e que não pertencesse a categoria inferior, fazendo com que se presumisse que relacionamentos dessa espécie fossem casamento, pois, do contrário, os envolvidos estariam cometendo crime.

Embora não produzisse efeitos no direito clássico, o concubinato passou a ser execrado no direito pós-clássico que, por influência do cristianismo, combatia-o em favor da família legítima (formada pelo casamento), culminando com a proibição de Constantino de doações às concubinas e aos filhos naturais.

O direito justiniano, por sua vez, descriminalizou o relacionamento entre homem e mulher ingênua e de categoria elevada. Para que houvesse concubinato, todavia, ambos deveriam ter atingido a idade núbil, não deveriam existir impedimentos matrimoniais e o relacionamento seria necessariamente monogâmico.

34 Gênesis, 16:3.

35 Gênesis, 4:11.

36 Livro do Reis, 11:3.

37 Fernando Torres-Londoño afirma que “*concubinatus* designava relações maritais tidas com mulheres inferiores ou de comportamento duvidoso, enquanto *stuprum* se referia a relações tidas com moças de família ou viúvas. O *concubinatus* era permitido, mas não gerava os vínculos e direitos reconhecidos ao casamento. (...) Assim o *concubinatus* caracterizava um casamento impossível, quer pela desigualdade dos envolvidos, quer pelas circunstâncias específicas em que as pessoas se encontravam, como era o caso dos que prestavam serviço militar, que não podiam casar enquanto fossem soldados. (...) Diferente do *concubinatus*, o *contubernium* caracterizava a união permanente entre escravos, aos que, por não existirem civilmente, o casamento era negado” (1999, p. 21).



Em que pese tal disposição, afirma o autor que o concubinato nunca chegou nem mesmo a ser um casamento de grau inferior.

Há, contudo, quem divirja de tal assertiva, como noticia Adahyl Lourenço Dias, ao afirmar que “o concubinato era uma reação à concepção do casamento legítimo e não consistia numa união transitória, repelida pela moral, ao mesmo tempo que a concubina romana diferia da *meretrix*, e não constituía qualquer estigma para a mulher ser *concubina*³⁸”.

Aduz que o concubinato era uma situação legal, uma espécie de casamento ao qual se reconheciam efeitos civis, caracterizando-se pela convivência sob o mesmo teto, com a aparência exterior de casamento, sendo praticado por pessoas que não poderiam se casar, seja por haver proibição expressa, seja por implicar comportamento desonroso.

Neste ponto, mister lembrar que o casamento era vedado aos escravos e a pessoas de classes diversas e, mesmo quando esse último foi permitido (*matrimonium non iustum*), poucos optavam por ele por implicar comportamento desonroso, razão pela qual o concubinato se mostrava a melhor opção (GIES; GIES, 1989, p. 22).

Com o advento do Cristianismo, a Igreja Católica, em seus primórdios, tolerou as relações estáveis informais e não adúlteras, tanto que o Concílio de Toledo, no ano 397-400, editou o cânon XVII³⁹, que proibia a manutenção simultânea de esposa e concubina, mas as admitia desde que alternativamente.

A Igreja, contudo, inclinou-se ao combate das uniões informais, principalmente porque, após intermináveis debates, passou a considerar que as relações sexuais só poderiam ser aceitas se realizadas dentro do casamento, sacramento que representava sua união com Jesus Cristo.

38 Lembra o autor que entre os romanos havia quatro tipos de união: a) o casamento que produzia todos os efeitos legais, chamado *iustae nuptiae*; b) o casamento entre peregrinos (*ius gentium* ou *sine connubio*); c) a união de fato entre os escravos (*contubernium*); d) a união livre, sem *consensus nuptialis*, chamada *concubinatus* (1975, p. 23-28)

39 Cânon XVII. *Que sea privado de la comunión aquel que teniendo ya esposa tuviere también una concubina*. Si algún cristiano estando casado tuviera una concubina, sea privado de la comunión. Por lo demás, aquel que no tiene esposa y tuviere em lugar de la esposa a una concubina, no sea apartado de la comunión. Confórmese solamente con la unión de una mujer, sea esposa o concubina, como mejor le pluguiere, y el que viviere de outra manera sea arrojado hasta que se arrepienta y regrese mediante la penitencia (obtido do site www.filosofia.org/cod/co397to1.htm, acessado em 26.09.2008. Consoante informações do site, reproduz-se a obra *Concílhos visigóticos e hispano-romanos*, edição preparada por José Vives, com colaboração de Tomás Marin Martínez e Gonzalo Martínez Díez, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona-Madrid 1963, p. 19/33).



Assim, a Seção XXIV do Concílio de Trento, de 11.11.1563, estabeleceu no Capítulo VIII do Decreto de Reforma do Matrimônio, graves penas contra o concubinato, adúlterino ou puro:

grave pecado é aquele que os solteiros tenham concubinas, porém é muito mais grave aquele cometido em notável desprezo deste grande sacramento do Matrimônio, pelos casados vivam também neste estado de condenação e, se atrevam a manter e conservar as concubinas, muitas vezes em sua própria casa, e juntamente com sua própria mulher. Este Santo Concílio para concorrer com remédios oportunos a tão grave mal, estabelece que se fulmine com excomunhão contra semelhantes pecadores, tanto casados como solteiros, de qualquer estado, dignidade ou condição que sejam, sempre depois de advertidos pelo Ordinário por três vezes sobre esta culpa e não se desfizerem das concubinas, e não se apartarem de sua comunicação, sem que possam ser absolvidos da excomunhão até que efetivamente obedeçam à correção que lhes tenha sido dada. E se, depreciando as censuras permanecerem um ano em concubinato, proceda o Ordinário contra eles severamente, segundo a qualidade de seu delito. As mulheres, casadas ou solteiras, que vivam publicamente com adúlteros, se admoestadas por três vezes não obedecerem, serão castigadas por ofício dos Ordinários dos lugares ou da diocese, se assim parecer conveniente aos Ordinários, invocando, se for necessário, o braço secular da lei, ficando em todo seu vigor todas as demais penas impostas aos adúlteros⁴⁰.

A classificação do concubinato como pecado grave perdurou na bula *Ad Compescendum*, de Sixto V (1585-1590) e, no século XVIII, manteve-se a posição de Bento XIV (1774) que impedia a administração de sacramentos às mulheres cristãs que houvessem sido capturadas por turcos e com eles mantivessem relacionamento extramarital.

Já entre os povos bárbaros, os gauleses coabitavam com várias mulheres e os celtas destinavam à concubina a mesma consideração da esposa. Os germanos, por sua vez, prestigiavam o casamento, repudiando o que se entende atualmente por concubinato adúlterino e as uniões entre pessoas de classes desiguais, sugerindo que as uniões livres estáveis não fossem vistas com bons olhos (DIAS, 1975, p. 33-38).

40 <http://www.universocatolico.com.br>. Acesso em 20.09.2008.



Na França, em 1604, o Código Michaud previa a invalidade das doações entre concubinos. O Código Napoleônico⁴¹ recusou-se a tratar da questão, no que influenciou muitos outros países, inclusive o Brasil. Apenas com a Lei de 16.11.1912, em que se reconheceu como fato gerador de filiação legítima o concubinato público e notório, o tema começou a ser abordado⁴².

Vê-se, portanto, que todos os povos, em algum momento, trataram do que hoje é considerado como união estável, seja para a acolher como fato gerador de direitos, seja para a repudiar, o que demonstra sua importância para o direito e a necessidade de uma análise mais detalhada.

Existindo, contudo, a possibilidade de formalização da relação entre duas pessoas, adquirindo-se com isso segurança jurídica, questiona-se a razão pela qual muitos optaram e optam por não a obter, preferindo a convivência informal.

Essa é a questão que será analisada a seguir sob duas perspectivas, uma global⁴³ e outra brasileira.

2.2 A MOTIVAÇÃO DAS UNIÕES ESTÁVEIS: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E SOCIAIS

2.2.1 O MUNDO

Nas sociedades escravocratas e colonialistas, o casamento entre escravos era frequentemente proibido, encorajando-se com isso a união informal, pois se mostrava inconcebível que os escravos fossem deixar de se relacionar pela simples impossibilidade de legalização de um relacionamento.

41 Segundo Napoleão, "les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux".

42 A Lei de 09.03.1918 concedeu benefícios locatícios para pessoas que houvessem convivido a partir de 01.08.1914 com o locatário e que pudessem demonstrar que viviam sob sua dependência econômica. Outras modificações conferindo direito aos concubinos foram realizadas no âmbito das locações pela lei de 01.04.1926. A Lei de 15.11.1955 concedeu benefícios previdenciários para as companheiras de militares, marinhos ou civis mortos em serviço francês. Em 05.06.1923, a Corte de Apelação de Paris reconheceu, pela primeira vez, o direito de a concubina pleitear danos materiais pela morte acidental do companheiro. Em contrapartida, a seção de direito civil da Corte de Cassação, em 1937, estabeleceu que o concubinato, por ser uma situação de fato não reconhecida juridicamente, não produziria interesses legítimos, carecendo de proteção legal, razão pela qual não poderia a concubina pleitear danos materiais. Essa orientação foi definitivamente superada em 27.02.1970, com o julgamento do caso Gaudras v. Dangereux (TAYLOR, 1983, p. 719- 722-726).

43 Optou-se por enfatizar apenas a sociedade ocidental, uma vez que o Brasil tem suas origens jurídico-institucionais na estrutura européia.



Por outro lado, Göran Therborn (2006, p. 61) salienta que, mesmo “entre mulatos, negros livres e mestiços, a família crioula apresentava como características distintas sua instabilidade e informalidade, sua sexualidade ativa e pouco controlada, suas uniões instáveis e informais, o absentéismo masculino e matrifocalidade”.

A predominância de uniões informais também ocorria entre as famílias indígenas de tais países.

O mesmo, contudo, não poderia ser afirmado segundo o autor, em relação às sociedades coloniais simples, ou seja, aquelas em que o sistema familiar do colonizado não é esmagado (como na Índia, à época da dominação inglesa). Nesses sistemas, as uniões informais seriam relativamente insignificantes em termos numéricos (2006, p. 64).

Nos séculos XVIII e XIX, muitos países, como Áustria, Islândia, Irlanda e Portugal, proibiam o casamento de trabalhadores sem terra, o que juntamente com as restrições da Igreja, do mercado de trabalho e do mercado imobiliário, contribuíam para a tolerância de uniões informais.

A essas circunstâncias, pode-se acrescentar o custo do casamento e a burocracia para seu registro como fatores determinantes para a existência de não-casamentos, como se observou em Paris e na Escócia do século XIX. O contrário ocorria na Inglaterra, onde essa situação não era tão comum, em razão da tradição consuetudinária que presumia um casamento de fato quando o casal mantivesse convivência e assim fosse conhecido na sociedade local (THERBORN, 2006, p. 226-227).

A secularização da sociedade, com a conseqüente desconsideração dos ritos da Igreja e o enfraquecimento da moral cristã, também explica o aumento do número de uniões informais nesse período, muito embora nenhum fator seja tão marcante quanto a proletarização, em decorrência da qual muitos homens e mulheres jovens deixavam suas casas e a vigilância familiar para trabalhar nas cidades, sem perspectiva de herdar e sem propriedade, o que se traduzia na ausência de domicílio estável, levando-os a ingressar apenas em uniões informais.

A industrialização, a partir da metade do século XIX, reverteu essa tendência, promovendo a restabilização do casamento europeu. As melhores condições salariais criaram uma nova classe trabalhadora, em que a mulher poderia deixar de exercer atividade



laborativa para se dedicar à família, sendo responsabilidade do homem o sustento do lar. Em tal contexto, havia maior estabilidade para que os casais optassem pelo casamento.

Esse processo, contudo, não foi observado nos locais em que a penetração colonial e a escravidão pelo sistema de plantações dominaram, pois, como já mencionado anteriormente, havia a proibição do casamento de escravos, bem como não eram vistas com bons olhos as uniões inter-raciais.

Somem-se a isso o crescente empobrecimento popular da América Hispânica, decorrente das guerras de independência, e os problemas sócio-econômicos gerados pelo declínio de suas estruturas eclesiais e burocráticas, além da cobrança exorbitante dos padres por seus serviços, uma vez que os casamentos, nessa época, ainda eram essencialmente religiosos.

Göran Therborn sugere que, no início do século XX e após as duas grandes guerras, o casamento era mais procurado por pessoas de uma geração competente e autoconfiante, com experiência em progresso econômico. Dá a entender também que as uniões informais podem ser consideradas consequência direta da pobreza (2006, p. 243, 253, 287 e 303), ainda que a partir da segunda metade do século XX países desenvolvidos como a Suécia tenham apresentado elevação crescente do número de relacionamentos dessa espécie.

Essa nova tendência é produto de alterações culturais, como a secularização, a desindustrialização e o aumento do período de sexo pré-marital, embora até o ano 2000 as estatísticas citadas pelo referido autor demonstrem que a porcentagem de casamentos no mundo ainda era bastante superior à das uniões estáveis, principalmente em países mais religiosos⁴⁴.

Há, contudo, no Brasil e na Suécia, expectativa de aumento cada vez maior de tais formas de convivência, pela sua própria história cultural.

Atualmente e como decorrência direta das alterações sociais e culturais já expostas, podem-se citar várias razões para que as pessoas decidam pela convivência *more*

44 Patrick Festy noticia que na França e na Europa setentrional há uma queda acentuada do número de casamentos a partir dos anos 60, bem como um aumento do número de nascimentos fora do casamento, estimado em 300.000 por ano (60% do total) (2000).



uxorio em detrimento do casamento. Jean Carbonnier menciona nada menos que sete tipos de concubinato:

a) união livre ideológica, de feitio anarquista ou esquerdista, oriunda da concepção de que tanto o casamento civil como o religioso representam intromissão indevida da autoridade na esfera sagrada do indivíduo; b) união livre devida à pobreza dos participantes, pertencentes ao subproletariado; c) união livre de facilidade (por permitir ruptura mais rápida do que o divórcio); d) união livre de aristocracia, devida à desigualdade de posição social ou de educação; e) união livre pré-nupcial, como experiência de jovens, que a regularizarão ao aproximar-se o primeiro filho; f) união livre por razões familiares (oposição de parentes, temerosos de serem diminuídos, por um recasamento, os direitos dos filhos do leito anterior); g) concubinato rural, de causas complexas. (1974, p. 272)

Antônio Carlos Mathias Coltro considera algumas das idéias de Carbonnier, acrescentando outras

por opção subjetiva de vida; conseqüência da situação social e condições econômicas que refogem ao controle daqueles por essas atingidos; determinada por circunstâncias psicológicas de ordem familiar; necessidade de passar por período experimental da 'experiência do casamento' – ou *casamento adiado* na expressão de Gérard Vincent – proposta por Leon Blum no início do século, especialmente entre os jovens, para os quais, 'menos do que uma contestação social, a coabitação manifesta a vontade (...) de dar certo no casamento, permitindo-se antes um período de reflexão', segundo C. Gokalp; necessidade de mudar a sociedade; conseqüência do modelo familiar em que a desarmonia entre os pais acaba por conduzir os filhos à união de fato; hesitação em assumir casamento formal, após desilusão anterior etc. (1999, p. 29).

Acrescenta o autor, de forma romântica, que o concubinato é conseqüência da distorção da finalidade do matrimônio (econômicas, políticas e sociais), que era utilizado com objetivos outros que não a união entre duas pessoas que se amavam (1996, p. 22).

Pode-se incluir também como causa do aumento do número de uniões extramatrimoniais o fato de que a maioria absoluta dos países desvinculou o casamento do



status social dos filhos, banindo as diferenças entre filhos matrimoniais e não-matrimoniais, esvaziando, neste aspecto, uma das funções do casamento⁴⁵.

Vale lembrar, ainda, as palavras de Edgard de Moura Bittencourt (1961, p. 21-23) que, já na década de 60, tratou expressamente do tema, indicando a existência de causas sociais, econômicas, jurídicas e morais.

Em primeiro lugar, aponta o desvio do sentido de família, causado pela vida moderna e desenvolvimento desordenado sem o adequado ajustamento dos núcleos sociais, bem como a independência feminina, com sua competição e aproximação constante de outros homens, e a legislação antidivorcista então em vigor.

No rol dos motivos econômicos, sugere as dificuldades para o casamento e os gastos excessivos com a sua celebração, a crise econômica com a carestia de vida e o casamento por interesses que empurraria os cônjuges para relacionamentos amorosos fora do lar⁴⁶.

Quanto ao aspecto psicológico, nomeia crenças religiosas, desníveis sociais e econômicos, oposição familiar, penetração da propaganda literária e cinematográfica; “sedução pela vida licenciosa que a união livre oferece mais do que a união legal”; desilusão com o casamento atual etc.

45 Adotando uma postura radical em face do casamento, afirma Harry Willekens (1998, p. 53-54): “If there was, until recently, anything which ‘marriage’ as a social institution had in common if compared over all known cultures, it was that it conferred legitimacy (i.e., access to the resources of a kin group and/or a couple) upon the children (cf. Weber (1985/1922:213)). If there was anything which made it meaningful for ‘family law’ to be treated as a separate and relatively autonomous object of knowledge, it was the connection between, on the one hand, the regulation of the relations between sexual partner and, on the other hand, the legal conferment of status upon the child and the arrangements regarding its care and education. Abstracting from children, there is no conceivable reason why economics and sexual rights and duties should be tied together, as they used to be in marriage law (and in many legal systems, to a lesser extent than before, still are), nor, indeed, why there should be any *special* regulation of the relations between a cohabiting man and woman; the legal problems following from this cohabitation could, in the absence of children, perfectly well be covered by general property, contract and tort law, whatever gender the cohabittees belong to whether they have sexual relations or not. Insofar as marriage loses its relevance for the claims and status of children (but we will see that in *no* legal system it has *entirely* lost this relevance), it could just as well stop existing as a separate institution”.

46 Carolina Marrero (2006, p. 27) identifica ainda o fato de que, na Espanha (como em outros países da Europa), a legislação de imposto de renda impôs, durante algum tempo, a soma das rendas dos cônjuges para o cálculo do imposto, ocasionando um gravame muito superior aos casados do que aos que viviam em uniões estáveis.



Ainda que muitas das razões apontadas sejam reflexos de uma sociedade culturalmente tradicional, a lição do mestre é valiosa para demonstrar a dura batalha que a união estável travou contra o preconceito social⁴⁷.

2.2.2 O BRASIL

Tratada a questão da união estável em termos mundiais, principalmente no que tangê à Europa Ocidental, mister dar especial atenção à situação do Brasil.

De acordo com a historiadora Maria Beatriz Nizza da Silva (1984, p. 45-58), na época do Brasil Colônia, constituíam obstáculos ao casamento, principalmente na Capitania de São Paulo, a vadição dos homens, as exigências da burocracia eclesiástica, o atraso da agricultura, o recrutamento e o serviço militar.

Embora a ociosidade dos homens fosse fator de preocupação na época, pois se dedicavam mais ao jogo e à dança do que ao trabalho, a vadição que verdadeiramente implicava óbice ao matrimônio decorria da ausência de fixação da população em determinada área geográfica, conseqüência da deserção, do desejo de evitar o recrutamento, da criminalidade e da natureza de algumas profissões, como os tropeiros e negociantes.

De igual modo, o atraso da agricultura também contribuía para a existência das uniões não-matrimoniais, de fácil dissolução⁴⁸.

Desde a antiguidade, uma das principais razões para o casamento era a união de esforços para prover a própria subsistência e da família, pois os lares constituídos por uma única pessoa não possuíam qualquer chance de sobrevivência. Assim, a mulher precisava do homem para arar a terra e esse necessitava dela para tecer, preservar a comida, moer os grãos e ter mais filhos para ajudar nos campos (COONTZ, 2006, p. 67).

Dessa forma, sem a agricultura difundida, não havia necessidade de fixação do homem à terra e da aquisição de uma família formal.

47 O mesmo autor afirma que "é certo que ninguém defende o concubinato, mas, não é lícito desconhecê-lo, na variedade dos assuntos em que se apresenta, como fenômeno da vida social de todos os tempos. Se a humanidade pudesse extirpá-lo, com sanções de alguma espécie, para que só o matrimônio legal subsistisse na composição das sociedades, certamente seria o ideal" (1961, p. 44).

48 À mesma conclusão, chegou Sheila de Castro Faria (1988, p. 50-51).



Por outro lado, em razão da vadiação dos homens, também não era possível fixar a população e desenvolver técnicas agrícolas, o que criava um círculo vicioso.

Essas circunstâncias eram agravadas pela burocracia eclesiástica⁴⁹, pois, além da dificuldade em obter certidões de nascimento em outras freguesias (decorrentes da incúria de alguns religiosos em manter registros adequados e da distância e dificuldade de locomoção) e das cobranças extorsivas para a dispensa de impedimentos canônicos, a própria celebração do casamento era dispendiosa e fora das possibilidades de boa parte da população⁵⁰, em razão das provisões exigidas pelos clérigos, que consistiam formalmente em valores necessários para a investigação do passado dos nubentes, a fim de evitar o casamento com impedimentos, mas que, em verdade, representavam pró-labore dos religiosos.

Aliando-se a todos esses fatores, tinham-se ainda o recrutamento e o serviço militar.

Os governadores das capitanias, em período de guerra ou na iminência dela, solicitavam às autoridades eclesiásticas que dificultassem a realização de casamentos, pois o recrutamento recaía inicialmente sobre os homens solteiros e amasiados.

Acrescente-se ainda que, além de o soldo pago aos militares mal suprir suas necessidades próprias, não lhes permitindo ter uma família, os superiores hierárquicos e os governadores, em última instância, costumeiramente indeferiam licenças de casamento, com receio de que fossem acompanhadas de pedidos de baixa do serviço militar⁵¹.

Outra questão a ser analisada é a dos esponsais⁵², prática que continuava entre a população, mesmo diante das proibições do Concílio de Trento, usualmente seguida de relações sexuais pelo casal, existindo a possibilidade de não se chegar ao casamento formal.

49 Agora, de opinião contrária, é a historiadora Sheila de Castro Faria, para quem as exigências eclesiásticas não constituíam desestímulo às alianças matrimoniais (1998, p. 59-60).

50 Nota-se que, em muitos períodos históricos, o concubinato está diretamente ligado à pobreza, como já anteriormente ressaltado, o que parece se refletir até hoje, ainda que o artigo 1512, do Código Civil, preveja a gratuidade da celebração do casamento e também da habilitação para aqueles que se declararem juridicamente pobres. Já ressaltava Alzira Lobo de Arruda Campo: “Tradicionalmente, as leis da família não se preocuparam muito com uniões que não começaram por casamentos legais, embora permitissem o reconhecimento de um filho natural pelo pai. O grupo familiar baseado na concubinação foi largamente negligenciado pela lei, porque muitas uniões eram transitórias e difíceis de definir; eram consideradas imorais; ocorriam principalmente entre grupos desfavorecidos — pobres, servos e escravos — e, por fim, estavam associadas à posição inferior da mulher” (2003, p. 65). Idêntica conclusão é afirmada por Eni de Mesquita Sâmara (1993, p. 16).

51 Na Espanha, os militares e os diplomatas dependiam de autorização superior para casar até 1957 e 1961, respectivamente (MARRERO, 2006, p. 25).

52 Os esponsais constituíam uma promessa de casamento, inicialmente verbal e depois por escritura pública, em que se trocavam valores e juras na presença da família e de testemunhas, podendo até mesmo ser



Acrescente-se que, segundo Alzira Lobo de Arruda Campos, o povo brasileiro herdara a tendência portuguesa ao “descaminho” que se

operava na própria metrópole, conforme somos informados pela leitura de visitas eclesíásticas (entre outras fontes) destinadas a ‘descobrir’ pecados. Por exemplo, uma visitação realizada em 1795, por Domingos José de Paredes, em Vila Real, demonstra que os pecados cometidos em São Paulo reproduziam, em larga medida, procedimentos registrados do lado de cima do Equador⁵³.

A sociedade colonial fazia, ainda, vista grossa para os casamentos de fato porque constituíam uma forma de aumentar a população, o que se mostrava necessário para povoamento do vasto território brasileiro (FREYRE, 2006, p. 325; TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 40) e, ainda que o concubinato fosse extremamente condenado pela Igreja católica, essa instituiu, a partir de 1551, procedimento que em muito contribuiu para a manutenção dos relacionamentos informais, pois passou a adotar multas em dinheiro para aqueles que viviam “em pecado”, o que modificou o caráter da pena para uma taxa, sentindo-se os concubinos livres da transgressão religiosa após o pagamento dos valores demandados (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 45).

Todos esses fatores existentes à época do Brasil colônia, aliados à proibição aos escravos de casar⁵⁴ e do repúdio aos casamentos inter-raciais, resultaram no século XIX em que metade dos domicílios baianos fosse formada por coabitações (THERBORN, 2006, p. 232-235).

A respeito dos casamentos de miscigenação, cumpre ressaltar que os portugueses, imbuídos do convencimento da superioridade da raça branca, relutavam em casar com índias, ainda que o casamento fosse incentivado pelos missionários e pela Igreja e resultasse em oportunidades para que fugissem do recrutamento militar ou para que pudessem exercer cargos públicos. Preferiam manter relacionamentos concubinários e tentar posteriormente o casamento com branca de origem portuguesa que lhes assegurasse

estabelecida cláusula penal pecuniária para a quebra do contrato por qualquer das partes.

- 53 A historiadora apresenta, ainda, uma tabela em que, de 257 casos de pecado no local e época indicados, 124 referiam-se a concubinato, ainda que não se possa precisar se puro ou impuro, o que representa 48,24%, número bastante elevado (2003, p. 43). Essa tendência dos portugueses a uma conduta “lasciva” também é ressaltada por Gilberto Freyre ao longo de todo o livro *Casa-grande e senzala*.
- 54 Alzira Lobo de Arruda Campos afirma, segundo as Constituições Synodales do Bispado de Coimbra, 1591, que os escravos podiam legitimamente casar, desde que entendessem o sacramento do matrimônio e compreendessem todas as obrigações que esse ensejava, não sendo permitido aos senhores obstem o enlace (2003, p. 49).



a manutenção ou a melhora de seu *status* social, o que não seria possível conseguir em enlances com escravas (índias ou não) (TORRES-LONDOÑO, 1999, p. 35-36).

Gilberto Freyre (2006, p. 332-333) consigna ainda como fator de tolerância do concubinato entre escravos a circunstância de que tais relacionamentos produziam mais escravos, engordando os cofres dos senhores.

Ainda que o casamento se tenha estabelecido a partir da metade do século XVI como o *status* a ser desejado e buscado, principalmente como instrumento de alianças familiares e de consolidação de patrimônio, esse nem sempre contemplava os desejos pessoais dos nubentes, que cediam às pressões familiares, políticas e econômicas, afirmando Fernando Torres-Londoño que

a alta porcentagem de solteiros na população e a procura de mulheres de camadas sociais altas, escassas, já que muitas optavam pela vida nos recolhimentos e conventos da colônia e do reino, são elementos que, embora não possam ser lidos independentemente de conjunturas específicas e circunstâncias familiares, são capazes de apontar para uma possível procura por “estados” que levassem mais em conta desejos e vontades pessoais (1999, p. 51).

Conclui o autor que, diante da conjuntura social já exposta, “o concubinato e as relações fora do casamento foram se impondo como espaços de relacionamento sexual e afetivo⁵⁵”.

A situação não melhorou com o fim do Império, quando o Decreto 181/1890 instituiu o casamento civil obrigatório, pois esse procedimento não tinha legitimidade entre as comunidades mais religiosas que optavam por casar apenas perante a autoridade religiosa⁵⁶, passando a viver em união informal para o Estado, atitude que ainda se observa atualmente.

Essas circunstâncias históricas servem para justificar o fato de que o Brasil apresenta maior número de relacionamentos informais do que o restante da América La-

55 “Eram alternativas individuais para a sobrevivência e mais um meio de reprodução da população. No marco de uma sociedade construída sobre a escravidão e o colonialismo, a complementação do casamento-aliança com as relações extramatrimoniais e de concubinato, extensões do casamento, parecem ‘necessárias’” (1999, p. 53).

56 Quanto a esse aspecto a cultura brasileira que até hoje se reflete na formação das uniões estáveis, Álvaro Villaça de Azevedo (1994, p. 11) já defendeu que o casamento religioso deveria coexistir com o casamento civil, a fim de respeitar o desejo de parte da população que atribui à união daquela espécie maior importância.



tina (THERBORN, 2006, *passim*), demonstrando a importância da união estável para o ordenamento jurídico contemporâneo e a necessidade de uma melhor análise de sua estrutura inclusive em comparação ao casamento.

| 3. Conceito de união estável

Até o presente momento, tratou-se da família e das causas da união estável. Muito se falou, portanto, em união estável, companheirismo e concubinato, sendo necessário estabelecer se tais palavras são sinônimas e qual o tratamento adequado que se deve dar a essa nova entidade familiar reconhecida pela Constituição Federal, bem como fixar o seu conteúdo.

A primeira forma de tratamento dos relacionamentos estáveis extramatrimoniais é certamente o concubinato, oriundo do latim *concubere*, que significa estar deitado com outrem.

Álvaro Villaça (2002, p. 186) noticia que o vocábulo apresenta dois sentidos. O amplo, que congrega toda e qualquer forma de união sexual livre, e o estrito, “a mostrar-se como união duradoura, a formar a sociedade doméstica de fato, na qual são importantes o ânimo societário (*affectio societatis*) e a lealdade concubinária”.

O termo, portanto, abrange tanto os relacionamentos estáveis entre pessoas que se dedicam inteiramente uma à outra, em uma convivência íntegra, quanto àqueles reprováveis e ofensivos, como os que importam a quebra do dever matrimonial de fidelidade.

Assim, a doutrina fala em concubinato puro, quando houver uma convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união, como no caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente (ou apenas de fato, como prevê o artigo 1723, § 1º, do Código Civil), divorciados ou que tiverem o casamento declarado nulo ou anulado.

Concubinato impuro, por sua vez, seria a convivência incestuosa, desleal (em relação a uma outra união de fato) ou adúlterina.

Ocorre que, em razão da tradicional concepção da família ocidental fundada no casamento, a palavra concubinato era quase que exclusivamente empregada no sen-



tido de concubinato impuro, inclusive pela Igreja Católica que, a partir do Concílio de Trento, utilizava-a indistintamente para abranger todas as situações de relações sexuais extramatrimoniais, principalmente adúlteras, o que impregnou o vocábulo de uma conotação promíscua e pejorativa.

Buscando afastar essa pecha preconceituosa, a Constituição Federal instituiu o termo união estável.

A doutrina, por outro lado, emprega outras expressões como companheirismo e convivência *more uxorio*, bem como continua a fazer uso do concubinato que, como lembra Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 126), deve ser considerado como livre do estigma anterior que não se convém manter em face da evolução dos tempos e da reformulação do próprio conceito de família.

Assim sendo, esse trabalho adotará, como já vem fazendo, indiscriminadamente união estável, companheirismo, convivência *more uxorio*, concubinato e relacionamento estável extramatrimonial por não haver sentido em descer a minúcias para diferenciá-los e justificar o uso de um ou de outro. A expressão concubinato impuro ficará reservada para os relacionamentos adúlteros ou incestuosos.

Fixada a terminologia a ser adotada, convém estabelecer o conceito de união estável.

Para Edgard de Moura Bittencourt (1916, p. 62-63), concubinato em sentido lato é “a união estável, no mesmo teto ou em teto diferente, do homem e da mulher, que não são ligados entre si por matrimônio”. Em sentido estrito, “é a convivência *more uxorio*, ou seja, o convívio como se fossem marido e mulher”.

Adahyl Lourenço Dias (1975, p. 39-40) traz conceito similar: “concubinato é a união livre do homem e da mulher, coabitando-se como cônjuges e na aparência geral de casados, isto é, de marido e mulher”. Aponta como elementos essenciais “a fidelidade, a dedicação monogâmica, recíproca, vivendo *more uxorio*, em atitude ostensiva de dedicação, em laços íntimos”.

Em verdade, o conceito de união estável sempre dependerá do local e do momento histórico, mas as definições citadas, embora realizadas respectivamente nas décadas de 60 e 70 do século passado, mostram-se contemporâneas ao que o Código Civil (art. 1723) dispõe, ou seja, atualmente união estável é a entidade familiar mantida



[entre o homem e a mulher⁵⁷], configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

| 4. A evolução legislativa quanto aos relacionamentos informais no Brasil

4.1 DO BRASIL COLÔNIA AO SÉCULO XX

No Brasil colonial, identificava-se a existência de uma lei da natureza que levava as pessoas a unirem-se sexualmente para a procriação, como as demais espécies animais, o que necessitava de controle por um sistema de regras civis e religiosas em face das sérias conseqüências resultantes desse comportamento.

Entendia-se que era necessário racionalizar o instinto, pois, do contrário, a sociedade estaria sujeita à luxúria (para os moralistas da época) ou à impotência (para os tratados médicos de então).

Essa postura social voltava-se principalmente contras as práticas matrimoniais indígenas⁵⁸, que deveriam ser substituídas, e contra o concubinato (dos solteiros ou dos casados), que deveria ser punido⁵⁹.

As Ordenações Afonsinas, vigentes quando do descobrimento do Brasil⁶⁰, previam no Livro Quinto, Título VIII, que os homens que mantivessem concubinas na Cor-

57 A partir do julgamento da ADIn 4277 e da ADPF 132, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, a despeito da redação do artigo 1723, do Código Civil, e o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, passou a admitir que os relacionamentos homoafetivos também possam ser reconhecidos como união estável.

58 Os jesuítas lutaram para abolir a poligamia entres os índios, pois entendiam que apenas a união monogâmica poderia servir de base para o sacramento do matrimônio (SILVA, 1984, p. 30-31). Ademais, a ausência de mulheres brancas fazia com que os portugueses mantivessem relacionamento com as índias, acentuando a poligamia e a endogamia. (CAMPOS, A., 2003, p. 59; FREYRE, 2006, p. 110, 167-168).

59 Os portugueses chegados ao Brasil trouxeram duas práticas reconhecidas pelas Ordenações do Reino: o casamento *à porta da Igreja* ou *de benção* e o casamento *presumido*, consistente na coabitação prolongada, sem a presença da Igreja em sua celebração, também chamado casamento *de juras* ou *a furto*. Esse último importava “troca dos recebimentos ou palavras de presente, efetuada na presença de testemunhas e, muitas vezes, na presença de um clérigo que desempenhava então a funções de testemunha qualificada” (CAMPOS, A., 2003, p. 49).

60 Antes das Ordenações Afonsinas, tem-se as Ordenações Del Rei Dom Duarte, compilação de vários ordenamentos: Dom Afonso II (início do séc. XIII), Dom Afonso III (final do séc. XIII e início do séc. XIV), Dom Dinis (meados do séc. XIV), Dom Afonso IV (segunda metade do séc. XIV), Dom João I, Dom Duarte (séc. XV). Na época de Dom Afonso I, rezava a Constituição XXII que ninguém poderia ser constrangido a casar, entendendo Francisco Pizzolante que essa assertiva implicaria tolerância com os concubinatos e vedação à imposição de matrimônio para os que não o desejassem. Em meados do séc. XIV, vigia a previsão de que



te perderiam as benesses concedidas pelo rei e se essas não tivessem, seriam degredados, só podendo retornar por expressa permissão real. A pena de degredo também era aplicada às mulheres.

Havia, contudo, a disposição contida no Título XXIV, do mesmo livro, que reconhecia aos filhos solteiros a possibilidade de ter concubinas e determinava que, se a concubina fugisse com os bens do concubino, esse poderia demandar contra aquela, pois “maior dano é roubar o alheio, inclusive perigo para suas almas, do que viver um solteiro com uma solteira em ajuntamento carnal”.

As Ordenações Manuelinas (1514 a 1521), no Livro Quinto, em seu título XXIV, por sua vez, previam penas pecuniárias e de degredo de um ano para homens e mulheres, caso mantido o concubinato na Corte, sendo que essas ainda eram proibidas de exercer determinadas profissões tanto na Corte, quanto em Lisboa.

Não haveria punição, contudo, se o casal já estivesse separado há pelo menos três meses e, no caso das mulheres, se essas se casassem ou entrassem para ordens religiosas⁶¹. O Título XXVIII continuava a tratar das concubinas que fugiam com os bens do concubino.

As mesmas penas eram previstas nas Ordenações Filipinas (Livro Quinto, Título XXVII), que vigoraram em Portugal a partir de 1603 e no Brasil independente por meio da Lei 5, de 20.10.1823.

As punições para os que viviam em uniões informais não eram apenas na legislação real⁶², mas também na eclesiástica que, antes do Concílio de Trento, realizado entre os anos de 1545 e 1563, consistiam apenas na recusa dos sacramentos aos concubinos e na proibição de assistir à missa.

“se um homem vive com uma mulher mantêm casa ambos por sete anos continuamente, chamando-se por marido e mulher, se fazem compras ou vendas ou emprazamento, e se assinarem nos instrumentos ou cartas que fizerem marido e mulher, não podem negar o casamento, e havê-los-ão por marido e mulher, ainda que não sejam casados perante a Igreja” (1999, p. 34-40).

61 Os cavaleiros e outros nobres pagariam vinte cruzados de ouro; os escudeiros, dez cruzados e os homens comuns, cinco, enquanto as mulheres deveriam pagar dois mil reais.

62 As punições criminais para as uniões informais não eram exclusivas do Brasil Colônia, existindo também na Finlândia (1938) e na Noruega (1902) (THERBORN, 2006, p. 290).



Após, a união livre e o concubinato impuro passaram a ser considerados pecados gravíssimos, punidos inicialmente com advertências e, em caso de recalitrância, com a excomunhão e até mesmo com a expulsão do lugar ou da diocese para a mulher.

Posteriormente, no início do Século XVIII, as Constituições Primeiras do Arcebisado da Bahia (1707) acrescentaram pena pecuniária e possibilitaram, além da excomunhão, a prisão e o degredo, sendo que a primeira foi a mais utilizada, segundo Maria Beatriz Nizza da Silva (1984, p. 39).

A legislação laica, como visto, também considerava crime o concubinato, mas, com o advento da Lei de 26.09.1769, o Estado passou a punir apenas o chamado concubinato qualificado, ou seja, da mulher casada com o homem casado, da mulher casada, ou solteira, com clérigo, ou frade, da mulher teúda e manteúda na própria casa.

Embora a punição mais freqüente no Brasil colônia fosse a prisão e ainda fosse possível a destituição de emprego público, a mais temida era o recrutamento, pois os governadores das capitanias optavam por recrutar em primeiro lugar os vadios e vagabundos e os concubinados “pública e escandalosamente”, os quais eram apressadamente apontados pelo restante da população, uma vez que apenas quando estes e os solteiros fossem escolhidos o recrutamento recairia sobre os demais.

Após a descriminalização da conduta⁶³, os conviventes passaram a viver em um limbo legal, pois o ordenamento jurídico então vigente simplesmente os ignorava, limitando-se a permitir o reconhecimento dos filhos naturais, mas vedando a mesma providência quanto aos filhos adulterinos e incestuosos (redação original do artigo 358, do Código Civil de 1916) e se os pais estivessem em situação de impedimento matrimonial (como ocorreria no caso de separação apenas de fato e desquite), consoante previsto no artigo 363.

Cumprе salientar que a possibilidade apenas de obtenção de separação de corpos⁶⁴, instituída pelo Decreto 181/1890 e mantida pelo Código Civil de 1916, decorrente do caráter indissolúvel atribuído ao casamento pelas Constituições de 1934, 1937, 1946

63 Nem o Código Penal do Império (1830), nem o Código Penal da República (1890) trazem disposições sobre ela. Na Itália, por exemplo, o concubinato ainda era tipificado no Código Penal até 1968 (BALESTRA, 2002, p. 405).

64 A palavra *divortium* poderia ser traduzida, na Idade Média, como divórcio ou anulação, conceitos que a Igreja medieval tratava como sinônimo, segundo Frances e Joseph Gies (1989, p. 86). Possui também duas outras acepções distintas: o *divortium quoad thorum et mensam* que implica apenas separação de corpos e o divórcio à vínculo, o qual põe fim ao casamento e cria a possibilidade de um novo matrimônio (CAHALI, Y., 2002, p. 24).



e 1967, até a Emenda Constitucional 9/77, apenas fomentou a proliferação das uniões estáveis, pois, aos desquitados sem vocação para o celibato, a possibilidade de novo relacionamento duradouro estava restrita à convivência *more uxorio*.

Ora, tais uniões davam-se à margem da lei, negando-se durante muito tempo aos companheiros qualquer direito.

4.2 SÉCULO XX, SÚMULA 380/STF E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme salientado anteriormente, as mudanças sofridas pela sociedade, sejam do ponto de vista econômico, cultural ou sexual, abriram as portas para que o número de uniões informais aumentasse, encontrando-se no Brasil um ambiente mais propício para tanto em razão de seus antecedentes históricos já mencionados.

Assim, viu-se o Poder Judiciário e a sociedade nos primeiros oitenta anos do século XX obrigados a lidar com tais relacionamentos, sem qualquer apoio do Poder Legislativo que ainda não se encontrava pronto para tratar da questão.

Adahyl Lourenço Dias (1975, p. 56) noticia a existência de casamentos por contrato, nas décadas de 50 e 60, em que o varão contratava os serviços domésticos da mulher, à qual era concedido direito sobre parte das rendas do trabalho do companheiro, bem como participação nos bens adquiridos. Tais ajustes tinham por finalidade regulamentar a situação de fato que o direito se recusava a reconhecer, mas foram rejeitados pelos Tribunais, sob o argumento de que seu objeto era ilícito.

Recusava-se o direito a encarar os relacionamentos informais duradouros à luz do Direito de Família, tratando de suas conseqüências jurídicas no campo do direito das obrigações, ainda que não reconhecesse validade a contratos que os tivessem como objeto. Confundia-se, portanto, a comunidade de vida com a comunidade de trabalho, sendo óbvio que uma poderia existir sem a outra.

A primeira reação da jurisprudência foi admitir a indenização da mulher por serviços prestados e demonstrados, não sendo suficiente a simples convivência *more uxorio*⁶⁵.

65 Entres outros, o RE 50150, relatado pelo Ministro Gonçalves de Oliveira e julgado em 13.12.1962.



Em que pesem as críticas a tal posicionamento⁶⁶, mister reconhecer certa engenhosidade para permitir que a mulher, após longos anos de relacionamento, não fosse deixada ao léu pelo companheiro, pois nem mesmo direito a alimentos lhe era reconhecido.

Compreende-se que, em uma sociedade assentada firmemente em uma doutrina romano-canônica de família legítima em razão do casamento, o primeiro passo para o reconhecimento de direitos aos relacionamentos informais tenha sido dado fora do Direito de Família. Ao assim proceder, o Poder Judiciário buscava proteger tais situações sem afrontar o *status quo* vigente e sem ofender a sensibilidade da maioria.

É absolutamente razoável que a evolução do tratamento das uniões estáveis esteja diretamente ligada à modernização da sociedade, uma vez que o direito reflete aquilo que uma comunidade está pronta para aceitar, ainda que muitas vezes possa parecer existir uma desarrazoada demora.

Posteriormente, passou-se a reconhecer à mulher direito à parcela do patrimônio amealhado na constância do relacionamento, desde que houvesse a demonstração de participação econômica direta em sua aquisição, seja pelo reconhecimento de uma sociedade comercial de fato, com base no artigo 1363, do Código Civil de 1916, seja pelo princípio geral de vedação do enriquecimento ilícito. O simples fato da convivência *more uxorio* não era suficiente para lhe atribuir a situação de sócia ou meeira.

Em crítica à consideração da relação entre companheiros como sociedade comercial, Adahyl Lourenço Dias afirma que essa assim não poderia ser tratada porque “não há vínculo de uma atividade mercantil ou sociedade civil que tenham por fim o desfrute profissional de produção do esforço dos sócios” (1975, p. 59). O objetivo seria a união afetiva da qual emergiriam interesses comuns e os esforços para a execução desses interesses.

Consolidou a jurisprudência, entretanto, o entendimento de que haveria uma sociedade *ex factis et rebus* que conferiria a seus integrantes o direito de haver o produto de seus esforços e de sua contribuição material realizada para o enriquecimento do patrimônio comum.

66 Alguns julgados entenderam que isso não seria possível pela ilicitude do objeto, pois não se poderia indenizar o tempo de convívio sexual.



Inicialmente, conforme afirmado poucas linhas antes, esse direito estava condicionado à demonstração incontestável de que a mulher exercera atividade econômica própria suficiente para justificar sua participação no patrimônio, que lhe seria atribuído na estrita proporção de sua contribuição, podendo ou não corresponder à metade. A simples realização de tarefas domésticas e os cuidados dispensados aos filhos e ao homem não lhe asseguravam direito algum sobre os bens aquestos⁶⁷. Quando esse fosse o caso, ser-lhe-ia garantido apenas direito a uma indenização pelos serviços prestados ao companheiro.

Não era possível, entretanto, reconhecer direitos quando o relacionamento implicasse adultério, conforme decidido no RE 62944/MG, relatado pelo Ministro Adaucto Cardoso, em 12.09.1967.

A reiteração de julgados pelo Supremo Tribunal Federal levou à edição da Súmula 380, em 03.04.1964, segundo a qual, “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido por esforço comum”.

Com o passar do tempo, a interpretação da Súmula foi alterada, principalmente após a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça da competência para tratar de questões relativas à legislação federal.

Entendeu-se que a concubina teria direito à partilha do patrimônio adquirido na constância do casamento pelo simples fato de ter estado ao lado do homem, cuidando das tarefas domésticas e da família. Não mais seria necessária a atividade laborativa própria, sendo suficiente o trabalho dentro do próprio lar⁶⁸. A partilha, ainda assim, não seria necessariamente igualitária, mas na proporção da participação feminina.

Além do reconhecimento ao patrimônio, o Supremo Tribunal Federal também admitia o direito da concubina a receber indenizações, quando da morte do varão em acidentes de trabalho (Decreto 3.724/1919) ou de transporte (Decreto 2.681/1912), des-

67 Por exemplo: RE 31250 e RE 40586, relatados pelo Ministro Afrânio Costa e julgados respectivamente em 03.05.1956 e 11.12.1959; RE 71243/GB, relatado pelo Ministro Luiz Gallotti, em 23.03.1971.

68 REsp 214.114/RS, Rel. Min. Menezes Direito, DJU 09.06.2003; REsp 11.660/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 01.03.1994; REsp 6395/GO, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 18.12.1990; REsp 488.649/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 02.08.2005; REsp 239.234/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 28.02.2005; REsp 60073/DF, Rel. Min. César Rocha, DJU 15.05.2000; REsp 183718/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 18.12.1998; entre outros.



de que não houvesse impedimentos matrimoniais (Súmula 35), abrandando-se o rigor do enunciado nos casos em que o homem fosse desquitado ou estivesse separado de fato da mulher, pois então não se poderia falar propriamente em sociedade conjugal.

Em termos previdenciários, a jurisprudência oscilava, como relata Adahyl Lourenço Dias (1975, p. 205-213), em face dos inúmeros dispositivos legais sobre caixas de previdência até o advento do Decreto-lei 7.526/1945, uma vez que o princípio que regia tais diplomas era a existência de dependência econômica. Assim, se a mulher vivia sob a dependência econômica do homem e não havia herdeiros necessários, teria direito ao recebimento da pensão previdenciária por morte.

Notícia o autor, contudo, que nem sempre esse direito era reconhecido, argumentando-se a inexistência de inscrição como dependente em vida do segurado; ausência de prova convincente de que houvesse intenção do segurado em beneficiar a concubina em detrimento de outras pessoas ou da alegada dependência econômica; o abandono pelo *de cuius* da família legítima para viver com a concubina etc. Por outro lado, também havia decisões determinando a inscrição mesmo à vista de herdeiros preferenciais.

Com o advento da Lei 5.890/73, que alterou a Lei 3.807/1960, passou-se a admitir como dependente do segurado a companheira, mantida há mais de cinco anos (art. 11, I), argumentando esse autor (1975, p. 235) que a exigência temporal só seria aplicável se houvesse casamento vigente, não atingido pelo desquite, morte, nulidade ou anulabilidade.

A Lei 6.015/73, por sua vez, permitiu à companheira a adição do nome do companheiro (art. 57, §§ 2º e 3º).

A evolução jurisprudencial e legal culminou com a promulgação da Constituição Federal que, em seu artigo 226, § 3º, estabelece que, “para efeitos de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Ao concubinato puro, deu-se o nome de união estável e reconheceu-se a necessidade de que tal relacionamento fosse devidamente protegido pelo Estado, retirando-o do limbo jurídico em que se encontrava, mas sem, contudo, equipará-lo inexoravelmente ao casamento, tema que é o cerne deste trabalho.



Até o advento das Leis 8.971/97 e 9.278/96, muito se discutiu sobre a auto-aplicabilidade⁶⁹ de tal norma e conseqüente reconhecimento às uniões estáveis de direitos inerentes ao casamento, controvérsia que se encontra hoje encerrada.

Para as questões patrimoniais, mesmo após a Constituição Federal e na ausência de norma própria, continuou-se a aplicar a Súmula 380/STF⁷⁰ (até a Lei 9.278/96), razão pela qual esse tema ficou alheio à discussão que se centrou principalmente no direito a alimentos e à sucessão do companheiro.

No tocante à questão dos alimentos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu tal direito, não propriamente por equiparação da união estável ao casamento, mas como proveniente do direito de solidariedade advindo da convivência familiar.

O Ministro Barros Monteiro, relator, considerou que o dever de mútua assistência nasce de forma espontânea da união e que a ação poderia ser movida com base no artigo 2º, da Lei 5.478/68, ainda que não se pudesse falar em cônjuge ou parente, pois haveria previsão legal quando existente prova da obrigação de alimentar⁷¹.

Quanto à sucessão, a jurisprudência majoritária daquela Corte tomou outro rumo, entendendo que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, a companheira não teria direitos sucessórios, uma vez que sua condição jurídica não teria sido igualada à da mulher casada, não sendo essa direita conseqüência necessária do reconhecimento da união estável como entidade familiar⁷².

O advento da Constituição Federal trouxe outra mudança no panorama das relações entre companheiros, para se negar o direito à indenização por serviços prestados tão em voga anteriormente.

69 Esposando entendimento contrário à auto-aplicação: Heloisa Helena Barbosa (1993, p. 134-135).

70 Marilene Silveira Guimarães sustenta que, após a Constituição Federal, não se poderia mais aplicar a Súmula 380/STF, pois os efeitos patrimoniais da união estável seriam praticamente os mesmos do casamento (1995, p. 197-206).

71 Neste sentido, REsp 36.040; REsp 184807 e REsp 309781. Defendendo a inexistência de direito a alimentos antes do advento da Lei 8.971/94: Euclides Benedito Oliveira e Sebastião Luiz Amorim (1995, p. 76) e Youssef Cahali (1993, p. 9-19). Os três autores, contudo, admitiam que a fixação de alimentos em contrato, como alimentos obrigacionais *inter vivos*.

72 REsp 79511; REsp 100.194 e REsp 153.028. Em sentido contrário, REsp 74467. Cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça também possui precedentes reconhecendo à companheira o direito de usufruto nos termos do artigo 1611, do Código Civil de 1916, mesmo antes da Lei 8.971/94 (REsp 97552 e REsp 74487). Há, contudo, entendimento divergente no REsp 4599.



Alegou o Ministro Sálvio de Figueiredo, relator do REsp 183.718, que “se esse reconhecimento [da união estável como entidade familiar], de um lado, não se presta a admitir que se aplique ao companheiro regras relativas ao casamento, deixa evidenciado, de outro, que a convivência *more uxorio* durante lapso considerável de tempo não pode ser equiparada a simples relação empregatícia”.

Em meio a tantas divergências sobre a real extensão da norma constitucional, sua auto-aplicabilidade e os direitos possíveis de serem reconhecidos ao companheiro, editou-se a Lei 8.971, de 29.12.1994.

4.3 A LEI 8.971/94

A Lei 8.971/94, editada no ocaso do mandato do Presidente Itamar Franco, nasceu cercada de críticas, seja pela má técnica legislativa empregada na redação, seja pela timidez em tratar de forma firme da matéria. Indiscutível, contudo, a sua importância como primeira regulamentação expressa sobre as relações internas entre os companheiros.

Registrou-se na doutrina desconforto (GAMA, 2001, p. 477-480) com a utilização do termo companheira no *caput* do artigo 1º e companheiro no parágrafo único, como se os direitos reconhecidos à mulher fossem diferentes daqueles atribuídos ao homem, em franca dissonância com o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, sendo relevante observar que enquanto se reconhecia o direito de se utilizar o disposto na Lei 5.478/68 à “companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole”, esse mesmo direito era atribuído “ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”, sem imposição do prazo de cinco anos ou da existência de prole, o que efetivamente poderia sugerir a desigualdade noticiada pela doutrina.

Felizmente, essa não foi a interpretação adotada nos tribunais que entenderam existir direito a alimentos para ambos os companheiros que se encontrassem na situação prevista no *caput*.

Criticou-se, ainda, o fato de que o direito a alimentos não foi instituído de forma explícita, mas de modo transversal com menção a uma norma processual, demonstrando-se visível falha na técnica legislativa e certo descaso do legislador.



De igual modo, lamentou-se a exclusão dos casados, mas separados de fato, como sujeitos da união estável, argumentando Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 481) que a interpretação dada ao *caput* do artigo 1º não poderia ser restritiva, devendo ser estendida também àqueles que se encontrassem nessa situação, sob pena de retrocesso em toda a evolução jurídica sobre o tema, além de contrariedade à Constituição Federal⁷³.

O mesmo autor sustenta que a condição de existência de prole não poderia ser requisito da união estável, pois muitos relacionamentos passageiros geram filhos, razão pela qual o elemento acidental previsto só poderia ser interpretado como condicionante da obrigação de alimentar, o que não parece ter sido a intenção do legislador nem a forma mais correta de exegese do dispositivo.

Em verdade, o que previa o dispositivo, ainda que mal elaborado, era o direito de alimentos dos companheiros que convivessem em união estável há mais de cinco anos ou que possuíssem filhos em comum.

Obviamente, isso só poderia ocorrer se efetivamente existisse a convivência *more uxorio*, a necessidade de alimentos, consubstanciada na impossibilidade de prover o próprio sustento, e a possibilidade do alimentante, ainda que a ela não se tenha referido a lei.

A omissão, contudo, não poderia consistir permissão para a concessão dos alimentos à revelia das circunstâncias econômicas do devedor (CAHALI, F., 2003, p. 224) ou na constância de uma união *instável* (PIZZOLANTE, 1999, p. 79-80).

Salientam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim que, não preenchidos o requisito temporal ou de existência da prole, restaria à mulher apenas o pedido de indenização por serviços prestados (1995, p. 80).

Questionou-se, ainda, a ausência de menção à culpa pelo término do relacionamento, como fazia a Lei 6.515/77 então em vigor para os cônjuges, aduzindo-se que os companheiros não poderiam ter um regime jurídico mais favorável que o do casamento⁷⁴.

73 No mesmo sentido: Zeno Veloso (1997, p. 20-21).

74 Zeno Veloso defende que, na vigência da Lei 8.971/94, haveria de pressupor-se, por aplicação analógica do art. 19, da Lei 6.515/77, que os alimentos só seriam devidos se aquele que os pleiteava não fosse culpado pelo fim do relacionamento (1997, p. 21).



Ainda que se concorde com a premissa básica, deve-se lembrar que, àquela época, a legislação não previa qualquer dever para os companheiros. Por outro lado, se as pessoas optam por não ingressar no regime jurídico do casamento, não se vislumbra razão para atribuí-lo integralmente a elas. Nada impede que a união estável tenha uma regulamentação que conceda aos companheiros direitos e deveres diversos daqueles inerentes ao casamento.

Embora ambos os institutos dêem origem a entidades familiares, não se equiparam e é contrário à Constituição Federal pretender fazê-lo. Por outro lado, as restrições a direito devem ser expressas e não provenientes de uma interpretação extensiva ou de aplicação de analogia.

No tocante ao direito sucessório, as disposições deram margem a que se entendesse que o *de cuius* estaria impedido de testar na hipótese do inciso III, do artigo 2º, uma vez que o artigo 3º assegurava ao companheiro metade do patrimônio deixado quando composto por bens para cuja aquisição houvesse colaborado (herança necessária) e à totalidade da herança quando não houvesse descendentes e ascendentes (art. 2º, III) (GAMA, 2001, p. 483).

Esse posicionamento doutrinário não parece ser o mais adequado. Em verdade, assiste razão a Francisco Cahali (2003, *passim*) quando afirma que o companheiro, assumindo posição similar à do cônjuge, em terceiro lugar na ordem sucessória, não era herdeiro necessário, podendo o falecido excluí-lo da sucessão por testamento.

Assegurou-se, ainda, o direito de usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se existentes filhos comuns ou não, e de metade, em caso apenas de ascendentes, sem, contudo, fazer menção ao regime de bens, o que levou a doutrina a afirmar que a disposição era mais benévola do que a existente para o casamento.

Cumprе ressaltar, todavia, que não poderia haver menção a regime de bens se ainda não fora tratada a questão do patrimônio entre os companheiros, o que só viria a receber regulamentação com a Lei 9.278/96.

O artigo 3º, por sua vez, passou a instituir um direito de meação sobre os aques-tos, mas apenas em caso de falecimento de um dos companheiros. Embora a forma de dissolução da união estável não seja relevante, o silêncio quanto às hipóteses de rup-



tura do relacionamento por vontade comum ou unilateral fez com que essas situações continuassem regidas pela Súmula 380/STF⁷⁵.

Euclides Oliveira e Sebastião Amorim (1995, p. 71-100) discordavam desse argumento, afirmando que o dispositivo em questão institui direito de meação em qualquer hipótese e que a Súmula 380/STF só se aplicaria em casos de não preenchimento dos requisitos do *caput* do artigo 1º.

Em que pesem as críticas e os defeitos da Lei 8.971/94, não se pode negar a sua importância para o regramento da união estável e para a modificação social do conceito de família.

4.4 A LEI 9.278/96

Diante dos inúmeros questionamentos surgidos quanto à Lei 8.971/94, editou-se a Lei 9.278/96, em 10.05.1996, que também não sanou os erros apontados pela doutrina quanto aos assuntos tratados pela Lei 8.971/94, uma vez que esses dois diplomas legais passaram a conviver em nosso ordenamento jurídico, sendo revogados somente com o advento do Código Civil de 2002.

A lei, contudo, pôs fim a algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

A primeira delas refere-se à competência material para apreciação das questões relativas às uniões estáveis. Muito embora essa questão costume ser objeto das leis de organização judiciária dos tribunais, o artigo 9º estabeleceu que toda a matéria pertinente a esse assunto seria de competência dos juízos das Varas de Família, assegurando-se o segredo de justiça, ou seja, qualquer discussão, seja ela patrimonial ou não, não mais poderia ser tratada em Varas Cíveis.

O artigo 1º, por sua vez, alterou o conceito de união estável, reconhecendo expressamente como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, entre o homem e a mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

75 Neste sentido: Francisco Cahali (2002, p. 154/155) e Débora Gozzo (1999, p. 96/97). Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que o dispositivo deveria ser aplicado por analogia aos casos de dissolução do relacionamento em vida (2001, p.332/333).



Uma das principais inovações foi a exclusão do período de cinco anos ou da exigência de existência de prole, requisitos previstos no artigo 1º, da Lei 8.971/94 e muito criticados pela doutrina, pois se argumentava que era perfeitamente plausível um concubinato de menos de cinco anos e sem filhos, bem como que a existência de prole, por si só, não geraria uma união estável.

Com a alteração, a configuração da união estável passou a depender da análise do caso concreto, sendo imprescindível a verificação da existência de convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família, conforme previsto pelo artigo 1º.

O veto aos artigos 3º, 4º e 6º, ao contrário do que afirma Francisco Pizzolante⁷⁶, afastou qualquer natureza contratual que a união estável pudesse assumir, com exceção da disposição acerca do patrimônio, mantendo a demonstração do concubinato essencialmente fática e dependente da análise da hipótese em concreto.

Em face do veto ao artigo 3º, criticou-se a inexistência de disposição legal que excluísse a possibilidade de união estável quando presente qualquer impedimento ao casamento, uma vez que tanto esse, quanto o companheirismo teriam a mesma finalidade: criar uma família (PIZZOLANTE, 1999, p. 88).

Criaram-se, ainda, à semelhança do matrimônio, direitos e deveres, consistentes em respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca e guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

É certo que, com o advento do artigo 2º, a união estável assumiu maior semelhança com o casamento, contribuindo para a consolidação da posição doutrinária daqueles que pretendem sua equiparação absoluta ao matrimônio, ao contrário do que prevê a Constituição Federal.

Mister observar, contudo, que não havia qualquer sanção para a violação dos mencionados deveres, pois vetado o artigo 6º, que previa a rescisão do contrato de união estável por quebra dos deveres previstos na Lei e no contrato escrito. Por outro

76 Afirma o autor que “a Lei nº 9.278/96 confere caráter eminentemente contratual à união estável, sendo certo que o estabelecimento de contrato supre eventual necessidade de qualquer dilação probatória para o estabelecimento temporal do início e do término da relação por tal instrumento estabelecida” (1999, p. 87). A respeito do caráter não-contratual da união estável, vide Capítulo II, item 2.1.



lado, desnecessária a previsão de assistência material recíproca, quando a Lei 8.971/94 já estabelecia o direito a alimentos, os quais podem ser fixados até mesmo na constância do relacionamento quando demonstrado que um dos conviventes não presta ao outro o auxílio necessário, sendo tal obrigação decorrente não de uma semelhança com o casamento, mas do dever de solidariedade existente entre aqueles que mantêm entre si uma relação de afeto.

Outra inovação foi a instituição de presunção relativa de condomínio de partes iguais para os bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento (art. 5º), salvo estipulação em contrário realizada em contrato escrito.

Prevía o § 1º que a presunção cessaria se a aquisição fosse realizada com bens sub-rogados adquiridos antes do relacionamento.

Em verdade, tal presunção não se afasta apenas nessa hipótese, mas também se demonstrado que os bens foram adquiridos sem qualquer participação da outra parte, seja ela econômica ou não. Nesse particular, Zeno Veloso (1997, p. 83) afirma que ela só seria elidida se houvesse estipulação contratual em contrário⁷⁷.

Suprindo os defeitos da Lei 8.971/94, que consagrou o direito a alimentos por uma ótica processual, o artigo 7º, da Lei 9.278/96, previu expressamente o direito material à mútua assistência, passando a regulamentar a matéria, ficando revogado, no particular, o diploma legal anterior.

O parágrafo único do artigo 7º ainda acrescentou aos direitos sucessórios reconhecidos pela Lei 8.971/94 o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, enquanto vivesse ou até que constituísse nova união estável ou casamento, sobre o imóvel destinado à residência da família.

Assim, passou o convivente supérstite a fazer jus ao direito real de usufruto, nos termos do artigo 2º, I e II, da Lei 8.971/94, e ao direito real de habitação, previsto pela Lei 9.278/96, sem qualquer restrição quanto ao regime de bens como ocorria no casamento (art. 1.611, §§ 1º e 2º, do Código Civil de 1916), em posição de franca superioridade ao matrimônio.

77 No mesmo sentido: Rainer Czajkowski (2003, p. 142) e Débora Gozzo (1999, p. 103). Adotando posicionamento idêntico ao defendido no presente trabalho, Álvaro Villaça Azevedo (1996, p. 20) e Rodrigo da Cunha Pereira (2001, p. 112-113).



Em termos ainda de direito sucessório, Zeno Veloso (1997, p. 33) defende que, para as sucessões abertas na vigência da Lei 9.278/96, estando o *de cuius* apenas separado de fato, a herança haveria de ser dividida entre o cônjuge e o companheiro em partes iguais.

Por fim, a última inovação foi a previsão de que os conviventes poderiam requerer ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio a conversão da união estável em casamento.

4.5 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o advento do Código Civil de 2002, esperava-se que as críticas doutrinárias e jurisprudenciais à legislação em vigor surtiram efeito e fossem consideradas para a melhora do sistema jurídico pertinente à união estável. Isso não parece ter ocorrido.

Ainda que as uniões estáveis tenham sido definitivamente incorporadas ao Direito de Família, merecendo capítulo específico dentro do Livro IV – Do Direito de Família, no aspecto patrimonial e do parentesco, em franca tendência à equiparação às disposições do casamento e em contrariedade à previsão constitucional, o mesmo, contudo, não ocorreu no direito sucessório, o que demonstra uma ambivalência incompreensível do legislador ordinário.

Quanto ao conceito de união estável, como tratado no item 3 deste Capítulo, não houve qualquer inovação, limitando-se o artigo 1723 a reproduzir o contido no artigo 1º, da Lei 9.278/96.

O § 1º, contudo, veio a atender uma das críticas feitas pela doutrina no sentido de que não seria possível reconhecer a existência de união estável entre pessoas que não pudessem casar, a não ser quando um dos companheiros esteja apenas separado de fato de seu cônjuge.

Esse dispositivo, de forte cunho moral, embora indevidamente traga para dentro da união estável regras próprias do matrimônio, é compreensível diante da determinação constitucional de facilitação da conversão da união estável em casamento, ainda que se tenha como exceção a situação dos separados de fato e judicialmente que necessitarão do divórcio caso pretendam a aplicação do artigo 1726, pois inexistindo legitimação para o casamento não seria possível a conversão da união estável.



Por outro lado, como ressalta Zeno Veloso (2003, p. 123), “o art. 226, § 3º, da Constituição Federal reconhece a união estável entre o homem e a mulher como **entidade familiar**, e não seria digna deste nome uma relação incestuosa ou adúlterina”.

A falta de legitimação para o casamento decorre, portanto, de valores morais e familiares intrínsecos à nossa sociedade e que devem ser aplicados a qualquer espécie de casal, pois representam o repúdio ao incesto e à poligamia.

Assim, não se pode reconhecer a existência de uma união estável na presença dos impedimentos previstos no artigo 1521, ressaltando o § 2º que não interferem na configuração da convivência *more uxorio* a presença das causas suspensivas previstas no artigo 1523, uma vez que seu único efeito, em termos matrimoniais, é a adoção compulsória do regime da separação total de bens (art. 1641).

De igual modo, não são admitidas uniões estáveis simultâneas, pois a lealdade é inerente ao concubinato puro, conforme previsto no artigo 1724⁷⁸.

Em mais uma tentativa de matrimonialização das uniões estáveis, o artigo 1724 repetiu parcialmente o que já existia no artigo 2º, da Lei 9.278/96 e estabeleceu para os companheiros os deveres de lealdade, respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos.

Como já salientado no item anterior, não há, contudo, qualquer sanção para a violação de tais deveres⁷⁹, nem mesmo no tocante aos alimentos, uma vez que o artigo 1704 é bem claro ao mencionar apenas o cônjuge separado.

Cumpre esclarecer que a única hipótese em que o nosso ordenamento jurídico, ainda que de forma equivocada e retrógrada, trata de culpa pelo fim de um relacionamento é

78 O Supremo Tribunal Federal apreciará, em regime de repercussão geral, o ARE 656.298, devendo decidir pela possibilidade de uniões estáveis simultâneas, sendo que o caso concreto se refere a uma união heteroafetiva e uma união homoafetiva. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem jurisprudência pacífica no sentido de não admitir uniões concomitantes, inclusive putativas: REsp 1348458; REsp 789.293; AgRg no REsp 1.130.816; REsp 1.096.539; REsp 912.926; REsp 1.157.273.

79 Eric M. Clive, jurista escocês, tratando a respeito do casamento, defende que não deveria haver regras para os efeitos pessoais de uma relação entre duas pessoas que vivem juntas. Afirmar que um casal deveria ter liberdade para decidir sobre o nome, inclusive dos filhos, sobre a forma e o modo de separação, sobre nacionalidade, residência ou domicílio do casal. Finaliza, asseverando que “the traditional obligations of married couples to live together and be sexually faithful to each other are manifestly unenforceable in modern conditions and could be discarded without any difficulty” (1994, p. 175). Ora, se é possível afirmar isso em relação ao matrimônio, com muito mais razão no tocante às uniões estáveis.



no caso da separação, o que não pode ser aplicado nem mesmo analogicamente às uniões estáveis que mais se assemelham ao divórcio, situação em que não se cogita da culpa⁸⁰.

Note-se que, da mesma forma que ocorre no casamento (art. 1566, IV), não há qualquer sentido em atribuir como dever seja do matrimônio seja da união estável o sustento, guarda e educação dos filhos, pois a maternidade e a paternidade existem independentemente da espécie de relacionamento que une o homem e a mulher. Tais deveres são inerentes à relação de filiação e qualquer pessoa que tenha prole está a eles vinculada.

Talvez um dos aspectos que mais possa ser criticado quanto à regulamentação da união estável do ponto de sua vista de sua indevida aproximação do casamento seja a determinação contida, no artigo 1725, de aplicação, no que couber às relações patri-moniais, do regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito.

Ao tratar do artigo 5º, da Lei 9.278/96, Gustavo Tepedino (1997, p. 67) já afirmava que não se poderia, com base na presunção estabelecida no dispositivo, aplicar as demais regras do regime da comunhão parcial à união estável, pois “uma coisa é a divisão do patrimônio comum, angariado pela dedicação diária dos companheiros, outra é o regime de bens instituído pelo ato solene do casamento, que o torna público, de maneira a oferecer segurança ao tráfego jurídico”.

Ora, quando duas pessoas se casam e não realizam pacto antenupcial, manifestam a vontade de se submeter ao estatuto jurídico próprio do casamento, inclusive quanto à adoção do regime da comunhão parcial de bens, prevendo o artigo 1528 que o oficial do registro deverá esclarecer os nubentes sobre os diversos regimes de bens, presumindo-se, portanto, que se trata de uma escolha consciente de ambos.

Isso não ocorre na união estável⁸¹, em que os conviventes, muitas vezes, desconhecem que seus bens serão partilhados da mesma forma como se fossem casados, pois optaram pela convivência *more uxorio* justamente porque não desejavam as amarras do matrimônio. Cuida-se de verdadeira violação ao princípio da autonomia privada, questão que será mais bem analisada no Capítulo III.

80 Após a Emenda Constitucional 66/2010, que alterou a redação do § 6º, do artigo 226, não se fala mais em separação, permanecendo apenas aquelas separações que já tinham sido decretadas até então.

81 Já fazia essa mesma indagação Heloisa Helena Barbosa em 1993 em seu artigo Família. Casamento. União estável. Conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988 (p. 193).



Criando um mecanismo para afastar a desnecessária ingerência do Estado em assunto patrimoniais, essencialmente disponíveis, e preservar a autonomia pessoal dos conviventes, previu o dispositivo em questão que os companheiros poderiam celebrar um contrato⁸².

Em relação a esse, já se questionou a forma como deveria ser realizado, opinando Francisco Pizzolante (1999, p. 90) pela adoção das formalidades necessárias ao pacto antenupcial em razão da semelhança com o casamento, devendo inclusive ser realizado antes do início da união estável⁸³.

Tal posicionamento doutrinário não parece ser, contudo, o mais adequado, pois em verdade não há como determinar em que momento se inicia a união estável e assim exigir que o contrato seja feito *a priori*. A união estável, como sucessão de atos, depende de estabilidade e continuidade para que assim possa ser considerada e passe a merecer a proteção estatal.

Como bem ressaltado por Lourival Silva Cavalcanti (2003, p. 11), o casamento, por sua natureza, é instituto que deve ser disciplinado *ab initio*. Já o concubinato, esse “é conceito que se propõe como consequência, de sorte que apenas deve interessar ao Direito *a posteriori*, ou seja, depois de consolidado como tal”.

A única forma de adotar o entendimento ora questionado seria considerar a existência da união estável como condição jurídica para a eficácia de tal contrato, ou seja, o ajuste só produziria seus efeitos caso viesse a existir uma situação fática em que preenchidos todos os requisitos necessários ao concubinato.

Por outro lado, como será demonstrado no curso do presente trabalho, não atende à melhor interpretação do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, optar por uma exegese que analise a união estável à luz do estatuto jurídico do casamento, utilizando-se as normas próprias desse.

82 Cláudia Grieco Tabosa Pessoa (1997, p. 119-120) faz crítica pertinente a esse dispositivo, ao comentar o Projeto de Lei que instituiu o Estatuto da União Estável e continha disposição idêntica à hoje adotada pelo Código Civil. Afirmo a autora que esse contrato será escassamente utilizado, pois essa disposição formal não é compatível com a estrutura informal das uniões estáveis, que não se amolda à prática de realização de contratos anteriores à estabilidade do relacionamento.

83 Neste sentido também: Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 345-346).



Na esteira de tal pensamento, deve-se admitir que o contrato seja feito a qualquer momento⁸⁴ (inclusive para a regulamentação de efeitos e fatos pretéritos) e por todos os meios admitidos em direito⁸⁵, eis que não se trata de um pacto antenupcial, prescindindo de escritura pública.

Pela própria natureza informal do relacionamento, não se pode exigir a aplicação das regras do casamento quanto à mutabilidade do regime de bens, deixando ao alvedrio dos conviventes a possibilidade de alteração ou aditamento no curso do relacionamento⁸⁶, principalmente porque se deve evitar a intervenção demasiada do Estado nos interesses particulares daqueles que não pretendem ingressar em um casamento.

Convém observar, ainda, que o ajuste não vincula terceiros, operando efeitos apenas entre seus signatários, e que não se exige distrato para que deixe de produzi-los, pois, em verdade, as obrigações cessarão no momento em que não mais estiverem presentes os requisitos do artigo 1723, isto é, no momento em que o relacionamento for faticamente rompido, seja pela morte ou pela vontade dos conviventes, respeitando-se apenas os efeitos até então produzidos.

Ainda no tocante à partilha de eventuais bens, outro problema surge. Ao contrário do casamento, cujos termos inicial e final são facilmente identificáveis, a união estável só pode ser verificada *a posteriori*, o que gera insegurança jurídica, uma vez que a cada aquisição patrimonial será necessário verificar se, naquele momento, existiam ou não os requisitos da convivência *more uxorio*.

Por outro lado, a determinação de aplicação do regime da comunhão parcial de bens aos companheiros suscita a questão da necessidade de outorga para a prática dos atos previstos no artigo 1647⁸⁷.

Como o artigo 1725 prevê a incidência da comunhão parcial **no que couber** e diante da impossibilidade de equiparação absoluta da união estável ao casamento, não se pode pretender que as restrições do artigo 1647 sejam aplicadas também àquelas,

84 Compactuando com tal entendimento: Francisco Cahali (2002, p. 72).

85 Neste sentido: Débora Gozzo (1999, p. 104) e Rainer Czajkowski (2003, p.143).

86 Adotam idêntica posição Francisco José Cahali (2002, p. 74), Débora Gozzo (1999, p. 105) e Rainer Czajkowski (2003, p. 144). Em sentido contrário: Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 346/347).

87 Em fevereiro de 2014, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, o REsp 1.299.894, entendeu com válida fiança concedida sem anuência do companheiro, não se aplicando a Súmula 332/STJ.



principalmente porque o estado civil de uma pessoa é avaliado diretamente em relação ao matrimônio, cuja existência é facilmente verificável em face de sua publicidade, o que não ocorre com as uniões estáveis.

Ao contrário do que já sugeriu Álvaro Villaça de Azevedo⁸⁸, não existe qualquer obrigação legal de que, nos atos praticados com terceiros, os companheiros mencionem a existência da união estável, principalmente porque essa não implica alteração do estado civil. Não há estado civil de companheiro ou convivente.

Assim, inviável, em uniões estáveis regidas pelo regime da comunhão parcial de bens, a exigência de autorização quanto aos atos previstos no artigo 1647⁸⁹.

Os alimentos, por sua vez, foram tratados fora do título dedicado à união estável, consagrando-se no artigo 1694 o direito material a eles, como já o fizera o artigo 7º, da Lei 9.278/94.

Terá direito a alimentos o companheiro que deles tiver necessidade, consubstanciada essa na impossibilidade de prover o próprio sustento, seja essa decorrente de deficiência física ou psíquica que impeça a atividade laborativa ou da impossibilidade de inserção no mercado de trabalho, principalmente em razão da idade, como ocorre

88 Entende o autor que um parágrafo único deveria ser acrescentado ao artigo 1725, com a seguinte redação: "nos instrumentos que vierem a firmar com terceiros, os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto da negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos entre os companheiros e aplicando-se as sanções penais cabíveis". Afirma que, mesmo na ausência de dispositivo neste sentido, tal disposição deveria constar dos contratos de convivência (2003, p. 272/273). Em verdade, esse dispositivo, com exceção da previsão de sanção penal, não parece resolver a questão, uma vez que hoje qualquer problema decorrente da alienação de patrimônio comum em nome de apenas um dos companheiros terá seus efeitos preservados quanto a terceiros e, entre os conviventes, poderá ser resolvido em perdas e danos.

89 Neste particular, vale a pena a transcrição da lição de Francisco Cahali (1995, p. 120): "Parece-nos que a melhor solução é pela negativa, não se comprometendo o negócio realizado sem autorização do companheiro. Com efeito, apesar de ter como fundamento imediato a proteção à família, que, em princípio, nos levaria a estender a aplicação às relações concubinárias, a necessidade de autorização do cônjuge, traz uma relação jurídica de Direito material – transferência patrimonial – entre os integrantes do negócio. (...) De outra parte, a outorgar uxória e/ou autorização marital, é também estritamente decorrência civil do casamento, expressamente prevista no Direito Material, não envolvendo, direta ou indiretamente, a atuação do Estado, embora tenha como 'ratio legis' a proteção da família. Ainda, a limitação legal de oneração patrimonial na vigência do casamento, pressupõe a publicidade do matrimônio, a permitir o conhecimento pelos terceiros adquirentes, cujo direito na relação patrimonial igualmente deve ser preservado, em homenagem à sua boa-fé, sob pena de surgir uma total instabilidade jurídica. Assim, para criar obrigações e deveres em face de relações jurídicas de Direito material entre os particulares, especialmente envolvendo não só os companheiros mas terceiros, é indispensável previsão expressa na Lei Civil."



com aquelas mulheres que se dedicam ao lar durante vinte, trinta, quarenta anos e que, findo o relacionamento, não possuem mais condições de obter um emprego.

Ressaltou o legislador, ainda, que a união estável ou o concubinato do credor posterior à fixação dos alimentos é razão para que esses deixem de ser prestados (art. 1708). Essa norma tem conteúdo moral, pois não se pode admitir que o ex-companheiro ou o ex-cônjuge seja obrigado a sustentar o outro quando esse já mantém novo relacionamento. O atual convivente ou cônjuge é a pessoa que tem o dever de mútua assistência e não mais aquele indivíduo do relacionamento anterior.

Ainda no âmbito dos alimentos, surge uma questão curiosa, principalmente se considerada a tese de que a união estável estaria inexoravelmente equiparada ao casamento.

Como já se disse alhures, o fim da convivência *more uxorio* guarda maiores semelhanças com o divórcio do que com a separação, uma vez que não há, para as uniões estáveis, a fase intermediária de dissolução da sociedade conjugal. Findo o relacionamento, esse está acabado e nova vida em comum implicará a necessidade de verificação de todos os requisitos, inclusive do decurso do tempo, a fim de que se configure uma outra união estável diferente da anterior.

Ora, divorciado o casal, desaparece o direito de pedir alimentos (se esses ainda não foram fixados), pois não há mais dever de mútua assistência⁹⁰. Dissolvida a convivência *more uxorio*, surge o direito de pleitear alimentos.

A pergunta, contudo, é até quando será possível exercer esse direito, sem que se configure ausência de necessidade ou sem que o fundamento legal tenha desaparecido, ou seja, passados dois anos do fim do relacionamento, terá a companheira direito a obter alimentos de seu ex-companheiro? Subsiste, ainda, o substrato legal do direito, qual seja a união estável? A dificuldade encontra-se em estabelecer o limite temporal. Três meses? Seis meses? Um ano? Dois? Cinco?

90 Esse entendimento não é pacífico nem mesmo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do REsp 1.073.052/SC, em 11.06.2013, entendeu a 4ª Turma que, mesmo após o divórcio, a mulher poderia pleitear alimentos, se não houve a renúncia expressa, eis que não se poderia reconhecer uma renúncia tácita. Já no julgamento do EDcl no REsp 832.902/RS, em 06.10.2009, a mesma 4ª Turma considerou a **renúncia aos alimentos** decorrentes do matrimônio como válida e eficaz, não sendo permitido que o ex-cônjuge volte a pleitear a alimentos, uma vez que a prestação alimentícia assenta-se na obrigação de mútua assistência, encerrada com a separação ou o divórcio. No mesmo sentido: REsp 701.902/SP.



Tudo dependerá do caso concreto, mas logo se vê que é impossível aplicar aos concubinatos o mesmo raciocínio empregado para o casamento, em face das peculiaridades de cada instituto.

Por fim, não é absurdo defender que os alimentos seriam devidos ainda que não houvesse o dever de mútua assistência, pois assim ocorria na vigência da Lei 8.971/94.

Ademais, o direito a alimento deve estar assentado não em uma equiparação com o casamento, mas no fato de que duas pessoas que convivem e mantêm laços de afeto usualmente contribuirão para a manutenção recíproca. Em verdade, a obrigação fundamenta-se em um dever mútuo de solidariedade⁹¹.

Outra discussão é quanto à utilização da Lei 5.478/68, pois essa pressupõe prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação de alimentar existente entre as partes, como se pode inferir da leitura do artigo 2º.

No caso da união estável, não há que se falar em parentesco.

Assim, a inicial deve ser instruída com prova da suposta convivência, não sendo suficiente a mera alegação de que as partes viviam como se casadas fossem, o que comumente ocorre.

Diferentemente do casamento que se prova como a mera apresentação da certidão de casamento, a inicial da ação de alimentos de um companheiro deverá estar acompanhada de todas as provas possíveis da contemporaneidade do relacionamento, pois não se mostra suficiente juntar documentos com indício de prova de que as partes viviam juntas se estiverem datados de dez anos atrás, por exemplo.

91 Eric M. Clive (1994, p. 179-180) defende posição bastante liberal no sentido de que o dever de mútua assistência deveria ser retirado dos direitos e deveres decorrentes do matrimônio, pois considera que as pessoas usualmente contribuem no curso de um relacionamento e que, findo esse, torna-se bastante difícil compelir o cumprimento da obrigação e que, ao menos no Reino Unido, as pessoas separadas estariam mais bem atendidas pela previdência social do que pelos ex-cônjuges. Sugere que aqueles que não possuem uma nova família e não contribuem para a manutenção dos filhos de relações desfeitas deveriam ser pesadamente taxados. Afirma, ainda, que o dever de alimentos poderia ser expressamente excluído por contrato. No Brasil, esse modo de pensar não poderia encontrar eco, uma vez que nossa previdência social não tem condições de suportar esses encargos.



Imprescindível que se trate de prova da atualidade do relacionamento, sem a qual não poderá ser adotado o rito especial da Lei 5.478/68, nem será possível o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela para fixação de alimentos provisórios.

No campo do direito das sucessões, a tendência do legislador ordinário foi não equiparar a união estável ao casamento, o que criou um levante doutrinário na defesa da inconstitucionalidade de tal posicionamento, pois representaria afronta direta ao princípio da igualdade. Inviável, na visão dessa parcela de autores, que o tratamento conferido ao companheiro fosse diverso daquele atribuído aos cônjuges.

Antes de tratar do tema, vale lembrar as palavras de João Baptista Villela (1995, p. 119), para quem a união estável é “um casamento para quem não desejasse submeter-se às regras de ordem pública a que está sujeito o matrimônio legal”. Acrescenta, ainda, que “entre tais regras estão as que estabelecem deveres recíprocos de alimentos e devolução obrigatória de bens ou vantagens por sucessão hereditária”. Termina por afirmar que a união livre continua a ser união, mas sem liberdade, eis que essa foi “confiscada” pela Lei 8.971/94 (certamente em grau muito maior pelo Código Civil de 2002).

Na visão do referido autor, portanto, o tratamento diferenciado conferido pelo Código Civil à sucessão entre cônjuges não importaria qualquer violação do texto constitucional.

Parece que a mesma conclusão pode ser extraída da manifestação de Gustavo Tepedino (1997, p. 58-59):

em matéria de direito de família, faz-se necessário extremar as normas que se destinam a regular os efeitos do casamento, como ato jurídico solene, das normas que visam a disciplinar o casamento como relação familiar. Aquelas, à evidência, não podem ser aplicadas às uniões estáveis, já que dependem essencialmente do ato solene, pressuposto fático para a sua incidência. Assim, por exemplo, a disciplina do regime de bens e o título sucessório decorrente da qualidade jurídica de pessoa casada, bem como a exigência de outorga do cônjuge para a constituição de fiança. Cuida-se de regras que devem incidir exclusivamente sobre relações constituídas pelo casamento, título indispensável à sua aplicação em razão da segurança jurídica. A publicidade inerente à qualidade de pessoa casada vincula-se à *ratio* de tais normas, sendo dado a qualquer interessado constatar, junto



aos registros públicos, o regime jurídico do cônjuge com quem se pretende negociar ou cuja consistência patrimonial se quer conhecer.

Como solução para a não instituição de um direito sucessório entre companheiros, João Baptista Villela (1995, p. 118), citando Gilbert Grandidier, sugere a adoção do instituto francês da *tontine* (tontina), que consiste na compra de um bem por duas (ou mais) pessoas, com a cláusula de que o bem passará à propriedade exclusiva daquele que sobreviver às demais.

Essa poderia ser uma solução para a questão pátria sobre a união estável, mas não foi a opção adotada pelo Código Civil que, embora criando direito sucessório, fez clara diferenciação entre os companheiros e os cônjuges, a qual, pela lição transcrita de Gustavo Tepedino, poderia ser realizada sem perigo de incorrer em uma inconstitucionalidade⁹², principalmente se aceita a idéia de que união estável e casamento são institutos diversos, com necessidades próprias, ainda que apresentem semelhanças em alguns aspectos.

Até o advento da Lei 8.971/94, os companheiros não possuíam qualquer direito à sucessão *mortis causa* recíproca, o que veio a ser alterado com a vigência do referido diploma legal que ampliou o rol de herdeiros estabelecido no artigo 1603 do Código Civil de 1916, quando determinou que a herança fosse atribuída ao companheiro e não aos colaterais, na ausência de descendentes ou ascendentes.

O atual Código Civil, contudo, alterou tal disposição determinando que o companheiro participará da sucessão do outro (art. 1790), quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da convivência *more uxorio*, nas seguintes condições:

- a) se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- b) se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles;

92 A questão ainda não foi objeto de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal, mas o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Min. Luís Felipe Salomão, tenta, pela segunda vez, analisar eventual inconstitucionalidade do artigo 1790, do Código Civil na AI no REsp 1.291.636/DF, suscitada em 11.06.2013 e ainda não julgada. Na primeira vez (AI no REsp 1.135.354/PB), por maioria, não se conheceu do incidente. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por sua vez, já afirmou a constitucionalidade do dispositivo (AIL 2010.00.2.004631).



- c) se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança; e
- d) não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

A primeira crítica que usualmente se faz ao tratamento atribuído ao companheiro é o fato de esse ter sido colocado fora da ordem de vocação hereditária em dispositivo deslocado, levando alguns autores a advogar a sua exclusão como herdeiro necessário⁹³, em posição diversa daquela ocupada pelo cônjuge.

Observa-se que o direito do companheiro à herança está restrito aos bens adquiridos onerosamente no curso do relacionamento, ou seja, limita-se a participação ao patrimônio para cuja aquisição se presume tenha ele contribuído, em face da regra geral de adoção do regime da comunhão parcial de bens (art. 1725).

Eduardo de Oliveira Leite (2005b, p. 53) defende abertamente a constitucionalidade e correção do tratamento conferido às uniões estáveis pelo artigo 1790:

o novo Código, em manifesto esforço, repita-se procura guindar a união estável ao patamar do casamento civil (art. 226, § 1º); ao menos nos seus dois grandes efeitos patrimoniais, isto é, no que diz respeito a alimentos e no direito sucessório. E o faz com largueza de espírito no artigo 1.790. Sem incidir, porém, em excessos que só uma doutrina dominada por excessiva ideologia populista justificaria.

O novo Código o faz com cuidado, com cautela, com bom senso, qualidades perfeitamente encontráveis na proposta do constituinte de 1988. Não se trata de tudo destruir, como pretendem algumas posturas maniqueístas, mas trata-se, antes, de encontrar a justa medida, o bom termo, que venha de encontro [sic] aos anseios da sociedade brasileira, sem aniquilar nossos mais profundos valores e características.

Francisco Cahali (2003, p. 228) critica a disposição argumentando que “houve reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade”.

93 Nesse sentido, Francisco Cahali, levando à conclusão de que poderia ser o companheiro excluído da sucessão por testamento (2003, p. 229). Posicionamento idêntico é adotado por Eduardo de Oliveira Leite (2005b, p. 64).



Em que pese a divergência doutrinária, atualmente o companheiro só será herdeiro nos termos do artigo 1790, ainda que, por contrato, o regime de bens escolhido seja diverso do da comunhão parcial ou que venha a ser meeiro de bem adquirido por fato eventual. Excluem-se também da herança bens que tenham sido adquiridos onerosamente, mas em sub-rogação a bens particulares do *de cuius*, pois o que interessa propriamente não é a forma de aquisição e sim o efetivo acréscimo patrimonial levado a efeito com participação do sobrevivente.

Assim, retirada a meação (que irá obedecer aos termos do artigo 1725) e identificada a parte da herança a que faz jus, o companheiro terá direito, caso concorra com filhos comuns dele e do falecido, à mesma quota que couber a cada filho. Se os descendentes forem apenas do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que for atribuído a cada um deles.

Convém observar que a melhor técnica de redação não foi empregada. Enquanto o inciso I trata de filhos, o inciso II se refere a descendentes. Ora, a menção correta seria sempre a descendentes, pois, do contrário, os netos de filhos comuns seriam relegados ao inciso terceiro enquanto os netos de filhos apenas do *de cuius* seriam contemplados pela regra do inciso II.

Essa é inclusive a conclusão da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em 2004, e que resultou no seguinte enunciado: “aplica-se o inciso I do art. 1790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

A diferenciação de descendentes comuns e exclusivos do falecido cria um sério problema para o cálculo do quinhão hereditário quando houver prole que se encaixe em ambos os conceitos.

Quatro⁹⁴ correntes básicas surgiram a respeito. A primeira preconiza a aplicação da regra destinada a filhos comuns. A segunda limita a quota do companheiro à metade

94 Giselda Hironaka propõe uma quinta alternativa com a utilização de fórmula matemática elaborada pelo Prof. Fernando Curi Peres, do Departamento de Sociologia e Economia da ESALQ/USP: $X = \{2(F+S) / [2(F+S)^2 + 2F+S]\}H$, $C = [(2F+S)/2(F+S)]X$, em que **X** = quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos; **C** = quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente; **H** = o valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente; **F** = o número de descendentes comuns; **S** = o número de descendentes exclusivos do *de cuius* (2007, p. 66-67). Segundo a autora, os resultados variarão direta e proporcionalmente ao número de filhos exclusivos e comuns, garantindo que a participação do companheiro sobrevivente será maior quanto maior o número de filhos comuns, consoante preconizado pelo inciso I do artigo 1790, e sem diferenciação entre os quinhões da prole.



da que couber aos filhos. A terceira compõe os incisos I e II do artigo 1790 e atribui ao companheiro sobrevivente uma quota e meia, resultante da soma das quotas que lhe caberiam se concorresse com filhos comuns (uma) e com filhos apenas do *de cuius* (meia)⁹⁵. A quarta realiza complexo cálculo com divisão proporcional, criando-se duas sub-heranças em relação às quais será calculada a participação do companheiro supérstite⁹⁶.

A primeira corrente⁹⁷ parece conter a melhor interpretação, uma vez que o inciso II é claro em restringir sua aplicação à hipótese em que o companheiro concorrer com descendentes só do autor da herança. O inciso I, por sua vez, não contém essa restrição e menciona de forma ampla filhos comuns. Assim, existindo apenas um descendente comum, será aplicada a regra do inciso I, até mesmo para que não haja diferenciação entre os quinhões dos filhos, o que certamente ocorreria com a aplicação do cálculo proporcional, resultando em discriminação vedada pela própria Constituição Federal.

Suplantada essa discussão, a sucessão opera-se até então de forma semelhante à do cônjuge. Não há, contudo, previsão de concorrência com os ascendentes, hipótese em que será aplicado o inciso III, ou seja, terá direito a 1/3 da herança, o que ocorrerá ainda que existam apenas colaterais até o quarto grau. Apenas na ausência de parentes sucessíveis, o companheiro supérstite terá direito à totalidade da herança.

Embora o objetivo do dispositivo seja compreensível quando em se tratando de concorrência com ascendentes, partindo-se do pressuposto de que a herança seria dividida entre o companheiro, a linha paterna (avós, bisavós paternos) e a linha materna (avós, bisavós maternos), o mesmo não ocorre quando inexistentes ascendentes.

Em verdade, a regra estabelecida pelo inciso III gera uma situação bastante criticada pela doutrina. Caso o companheiro concorra com um parente de quarto grau

95 "Por esta via a divisão patrimonial obedeceria à seguinte regra: somar-se-ia o número total de filhos comuns e de filhos exclusivos do autor da herança, acrescentar-se-ia mais um e meio (uma quota deferida ao companheiro sobrevivente, no caso de concorrência com filhos comuns, e meia quota deferida ao mesmo sobrevivente, no caso de concorrência com filhos exclusivos do falecido), o que atenderia ao comando de caráter constitucional do art. 1834 NCC (que determina que descendentes da mesma classe tenham os mesmos direitos relativamente à herança de seu ascendente), e uma quota e meia ao companheiro sobrevivente, o que atenderia aos comandos dos incisos I e II do art. 1790" (LEITE, 2004, p. 233-234). Observe-se, contudo, que essa regra atribuiria excessivo privilégio ao companheiro em detrimento dos filhos, o que não parece ter sido a intenção do legislador.

96 Essa orientação implica que, embora se atenda aos comandos do artigo 1790 em relação ao companheiro, os filhos receberão quinhões diferentes, o que vai de encontro à disposição constitucional que veda o tratamento desigual entre a prole.

97 Entendimento adotado por Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim (2005, p. 176).



na linha colateral, com quem pouco contato tivesse o *de cuius*, essa pessoa distante do convívio do autor da herança receberá quinhão superior àquela que com ele conviveu até o seu falecimento, inclusive eventuais outros bens particulares que só tocarão ao companheiro em caso de expressa disposição testamentária.

Essa possibilidade gera severo mal-estar, pois privilegia o vínculo distante em detrimento do mais próximo, em contrariedade aos princípios que regem o Direito das Sucessões. Melhor que o legislador houvesse mantido a regra da Lei 8.971/94, ou seja, ausentes ascendentes e descendentes, caberia ao companheiro a integralidade da herança, salvo hipótese de testamento.

Outra crítica que diuturnamente se faz às regras de sucessão do companheiro se refere a uma hipótese em que a união estável se apresentará como opção mais favorável do que o casamento.

Prevê o artigo 1829 que o cônjuge concorrerá com os descendentes do *de cuius* quando casado no regime da separação de bens ou quando o regime for o da comunhão parcial de bens e existirem bens particulares do falecido. Nas demais hipóteses, não há concorrência do cônjuge com os descendentes.

Assim, realizado o casamento sob o regime da comunhão parcial de bens e não deixando o autor da herança bens particulares, o cônjuge sobrevivente, caso concorra com descendentes daquele, não terá direito a quinhão hereditário⁹⁸. Haveria direito sucessório, contudo, se vivessem em união estável.

Há uma outra situação em que a união estável apresenta vantagens sobre o casamento.

Desejam os cônjuges preservar o patrimônio particular para os descendentes, razão pela qual optam pelo regime da separação convencional de bens que funcionará perfeitamente para a consecução de tal objetivo, mas apenas na hipótese de fim do casamento em vida. Dissolvido o casamento pela morte, o sobrevivente irá concorrer

98 Convém observar que 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem precedentes em sentido oposto, adotando posicionalmente claramente contrário à letra da lei, pois considera que o cônjuge somente será herdeiro em relação aos bens dos quais retirar a meação. Assim, não poderia ser herdeiro no regime da separação convencional de bens ou nos bens particulares da comunhão parcial. Neste sentido: REsp 1.111.095/RJ, REsp 992.749/MS; REsp 1.117.563/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi; REsp 1.377.084/MG. Adotando posicionamento contrário e consentâneo com o artigo 1829, do Código Civil: REsp 974.241/DF (4ª Turma).



com os descendentes em igualdade de condições e frustrará a finalidade do regime antes escolhido.

Optando o casal, entretanto, por viver em união estável e realizar contrato em que adote o regime da separação total de bens, falecendo um dos companheiros, o outro não terá direito sobre a herança, a não ser que ausentes parentes sucessíveis.

Essa conclusão só é possível, contudo, se a expressão “bens adquiridos onerosamente, na vigência da união estável” compreender apenas bens adquiridos a título oneroso por esforço comum dos companheiros, em razão da presunção estabelecida pelo regime da comunhão parcial de bens, previsto pelo artigo 1725. Do contrário, qualquer bem adquirido a título oneroso por qualquer um dos conviventes, independentemente do regime estabelecido (como no caso da separação total de bens), fará parte da herança.

Questiona-se, ainda, a quem caberia a herança, caso inexistissem bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento.

Duas possíveis interpretações existem. A primeira implica uma leitura isolada do artigo 1790, assumindo que a participação do companheiro estará sempre limitada aos bens mencionados no caput, situação em que os bens particulares seriam destinados ao Município ou ao Distrito Federal, nos termos do artigo 1844, solução que causa extremo desconforto social, pois ninguém pretende que seus bens revertam para o Estado.

A exegese que se mostra mais consentânea até mesmo com o espírito da norma constitucional que reconheceu a união estável como entidade familiar é concluir que o inciso IV contém uma disposição maior que o caput para abranger também os bens particulares caso não haja parentes sucessíveis. Saliente-se que o próprio artigo 1844 prevê que a reversão dos bens para o Estado só ocorrerá na ausência também de companheiro sobrevivente.

Outro ponto de séria discussão é a ausência de previsão de direito real de habitação para o companheiro sobrevivente, ao contrário do que consignava o artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96.



Ciselda Hironaka (2007, p. 56) afirma que, como o Código não estabelece esse direito, deve-se, por analogia à situação do cônjuge e com base na Constituição Federal, considerar como não revogado o dispositivo da Lei 9.278/96.

Não se pode concordar com esse entendimento.

Ainda que se trate de uma lei especial, o Código Civil regulou integralmente a matéria relativa à sucessão do companheiro.

Houve, portanto, a revogação tácita dos diplomas legais anteriores a respeito, não sendo possível a utilização da Lei 9.278/96 para conferir tal direito às uniões estáveis. Caso contrário, estaria valendo para os companheiros também o usufruto previsto no artigo 2º, I e II, da Lei 8.971/94.

Ninguém questiona, contudo, que esse direito foi excluído do rol daqueles atribuídos tanto aos cônjuges quanto aos companheiros, uma vez que o artigo 1611, do Código Civil de 1916, foi substituído pelo artigo 1831 que prevê apenas em benefício do cônjuge supérstite o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único dessa natureza a inventariar.

Inviável também aplicar analogicamente o artigo 1831⁹⁹, pois, conforme já defendido ao longo deste trabalho, não se mostra nem necessário, nem imprescindível que a união estável e o casamento tenham a mesma regulamentação legal, principalmente no aspecto patrimonial.

O reconhecimento da convivência *more uxorio* como entidade familiar não implica equiparação.

Ademais, como bem afirmado por aqueles que defendem a repersonalização das relações de direito de família, o foco foi desviado do patrimônio para as relações de afeto entre os integrantes da entidade familiar. Ora, em assim sendo, o que interessa realmente é a proteção do indivíduo como membro da entidade familiar união estável (o que independe da vertente real) e não as relações patrimoniais eventualmente decorrentes.

99 A esse respeito, cf. Francisco Cahali (2003, p. 233-234).



Assim, a participação do companheiro sobrevivente na sucessão do falecido cinge-se ao disposto no artigo 1790, não sendo possível atribuir-lhe o direito real de habitação previsto no artigo 1831¹⁰⁰, pois claramente foi intenção do legislador ordinário criar regimes distintos na seara sucessória.

Como o presente trabalho não se destina ao exaurimento das questões controvertidas no âmbito das uniões estáveis, principalmente no tocante à sucessão, faz-se mister mencionar apenas outra polêmica, qual seja a hipótese de subsistência formal do casamento do *de cuius*.

Prevê o artigo 1830 que o cônjuge sobrevivente só terá direito a suceder ao outro se, ao tempo da morte, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

A primeira crítica que se pode fazer é quanto à menção à culpa. Atualmente, a doutrina¹⁰¹ empenha-se em afastar qualquer discussão sobre culpa pelo término de um relacionamento. Ultrapassada a época em que só era permitido o desquite (e posteriormente a separação e o divórcio) se algum dos cônjuges violasse os chamados deveres do casamento (arts. 317 e 318, do antigo Código Civil).

No mundo moderno, em que o divórcio prescinde de qualquer prazo de separação de fato, não há qualquer sentido em investigar quem deu causa à ruptura da relação. Suficiente que não mais exista comunhão plena de vida, conforme exigido pelo artigo 1511. Basta, portanto, que a vida em comum se torne insuportável.

Na contramão da vida, o Estado brasileiro possui uma legislação mesquinha que confere ao magistrado poder para revirar a vida íntima de um casal em busca de respostas que talvez nem mesmo os cônjuges possuam.

Saber quem deu causa ao término de um casamento é tarefa inoportuna e sem objetivo prático e que apenas atende ao espírito de emulação de alguns cônjuges que procuram uma duvidosa satisfação moral.

100 Esse não é posicionamento da jurisprudência que atribui também ao companheiro o direito real de habitação: REsp 1203144/RS; REsp 1329993/RS; REsp 1249227/SC, entre outros.

101 Cf. Rolf Madaleno. (1999, p. 171-184) e Cristiano Chaves Farias (2004, p. 105-126).



Mostra-se constrangedor inquirir sobre situações que tocam apenas à intimidade do casal para estabelecer uma verdade processual, quando, em geral, os fatos narrados apresentam diversas versões, pois cada um dos cônjuges terá uma percepção diferente dos eventos que permearam a vida em comum, cada qual colorida por sentimentos e frustrações próprios.

Assim, é incompreensível que o novo Código Civil inclua, no direito das sucessões, disposição que force a investigação de culpa pelo fim do matrimônio, principalmente quando um dos envolvidos não poderá nem ao menos se defender.

Estaria o artigo 1830 em sintonia com a nova realidade social se previsse hipótese em que o cônjuge separado de fato, por qualquer período, fosse excluído da sucessão daquele falecido, independentemente de quem houvesse dado causa à ruptura da convivência¹⁰².

A redação existente, contudo, além de retrógrada pela menção irreal à culpa¹⁰³ (com remessa das partes às vias ordinárias por se tratar de questão de alta indagação e conseqüente postergação desnecessária do inventário), permite que o cônjuge separado de fato há menos de dois anos possa herdar (dependendo do regime de bens), inclusive em concorrência com companheiro e criando a possibilidade de que obtenha até mesmo direito real de habitação, nos termos do artigo 1831.

Eduardo de Oliveira Leite (2005b, p. 234-235) sugere que, nessa hipótese, companheiro e cônjuge supérstite herdem conjuntamente, destacada a meação e observada a norma do artigo 1790 e o regime de bens do casamento, o que pode importar em posição privilegiada do cônjuge separado de fato.

Adotando entendimento diverso, José Luiz Gavião de Almeida considera que ao companheiro caberia apenas um terço da herança, pois o cônjuge estaria inserido na expressão *parentes sucessíveis*, contida no artigo 1790, III¹⁰⁴.

102 Francisco Cahali advoga essa interpretação, independentemente das ressalvas feitas pelo artigo (2003, p. 235).

103 Poder-se-ia até mesmo prosseguir em ação de separação, fundamentada no caput do artigo 1572 (ainda que se trate de direito personalíssimo), mesmo com a morte de um dos cônjuges no curso do feito, somente com a finalidade de investigar a culpa para efeitos do inventário.

104 Pondera, ainda, que "se o legislador entregou direito sucessório ao companheiro apenas em não existindo, por exemplo, colateral de quarto grau, que sequer recebe em havendo cônjuge com direito sucessório, não se justifica afastar esse cônjuge no caso de concorrer, tão-somente, com o convivente. Assim não fosse, poder-se-ia chegar a soluções absurdas. Por exemplo, havendo a concorrência de cônjuge sobrevivente com companheiro sobrevivo, afastar-se-ia aquele e se beneficiaria este. Contudo, afastado o cônjuge sobrevivente, verificar-se-ia existente colateral sucessível que, por isso, retiraria a herança do convivente que



Independentemente da solução adotada, conclui-se que o legislador não foi feliz na redação do artigo, nem observou hipóteses óbvias criadas pela possibilidade de união estável entre pessoas separadas de fato. Em verdade, apenas contribuiu para a majoração de situações paradoxais que permeiam a realidade daqueles que optam por uma convivência *more uxorio*.

Por fim, muito embora em algumas hipóteses o companheiro possa parecer ter mais direitos que o cônjuge, isso só ocorrerá em situações isoladas que não são suficientes para que se atribua qualquer inconstitucionalidade às disposições existentes, pois nitidamente o legislador pretendeu estabelecer tratamento diferenciado para os dois institutos, privilegiando a relação matrimonial (ALMEIDA, 2003, p. 71).

recolheria tão-somente um terço dela. Nesse caso, o colateral estaria recebendo antes do cônjuge, numa completa inversão da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1829 do novo código. Se, em havendo colaterais, o convivente recolheria um terço da herança, não se justifica que recolha mais, se concorrer com cônjuge, que tem posição superior na ordem de vocação hereditária, da que goza o colateral" (2003, p. 217).



Capítulo II

DIFERENÇAS ESTRUTURAIS ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

| 1. Natureza jurídica

1.1 CASAMENTO

O casamento, tanto como expressão da necessidade biológica, como da necessidade social, é assunto fascinante, que tem povoado a literatura sociológica, histórica, antropológica, religiosa e jurídica.

Representa aspecto egoístico da natureza humana, que visa à exclusividade de parceiros nas relações sexuais, mas também uma forma de satisfação das necessidades emocionais¹⁰⁵ e de organização social.

Em verdade, em que pesem as remissões romanas à comunhão de vida como base e objetivo do matrimônio¹⁰⁶, apenas recentemente esse passou a ter por fundamento o amor, pois antes do século XX, tinha por finalidade a aquisição de uma rede de parentes por afinidade, visando à cooperação mútua; a acumulação de recursos materiais e a consolidação da propriedade, mediante a união de famílias e exclusão de “estranhos”; a organização da divisão do trabalho e do poder por sexo e idade; a aquisição de respeitabilidade, de segurança social e de seguro contra o desemprego, podendo-se afirmar que “os casamentos dos ricos e famosos nos mundos antigo e medieval

105 Segundo São Tomás de Aquino, o homem seria levado ao casamento pelo corpo, com seus instintos, e pela alma, com sua liberdade. A estas inclinações naturais, corresponderiam respectivamente os dois fins do casamento: a procriação e ajuda mútua dos esposos (CAMPOS, D., 1989, p. 108).

106 Segundo Modestino, *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, diuini et humani iuris communicatio* (as núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano). Para as *Institutas*, *nuptiae autem siue matrimonium est uiri et mulieris coniunctio, indiuiduam consuetudinem uitae continens* (núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida).



poderiam ser contados como *thrillers* políticos, fusões de empresas, épicos militares e ocasionalmente até mesmo como contos de morte e mistério¹⁰⁷ (COONTZ, 2006, 6-7).

Por muitos séculos, o casamento deteve as funções que hoje são atribuídas ao mercado e aos governos, como organização da produção e distribuição de mercadorias e pessoas, além da formação de alianças políticas, militares e econômicas, orquestrando os direitos e obrigações individuais desde as relações sexuais às questões sucessórias.

É em razão da importância social do casamento que o direito sempre dedicou especial atenção a ele, sendo talvez uma das mais clássicas discussões aquela sobre a sua natureza jurídica, podendo ser identificadas quatro principais teorias: casamento como instituição, casamento como contrato, casamento como contrato/instituição e casamento como negócio jurídico.

Antes, contudo, de tratar de tais teorias, necessário faz-se breve retorno ao direito romano e ao direito canônico, berços de seu desenvolvimento.

1.1.1 CASAMENTO NO DIREITO ROMANO

Os romanos não se preocupavam em estudar o casamento *per se*, ocupando-se dele apenas quando relacionado a outros institutos como o pátrio poder e o dote, limitando-se à solução de questões práticas.

O casamento representava o abandono do lar paterno pela mulher para invocar a partir de então os deuses do lar do marido, adotando outra religião, outros ritos e outras preces.

Inicialmente, pressupunha a *conuentio in manum*, ou seja, a mulher ingressava na família do marido, sujeitando-se ao poder do marido ou do *pater familias*, se o marido fosse *alieni iuris*.

Isso poderia ocorrer mediante a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*.

107 No original: "the marriages of the rich and famous in the ancient and medieval worlds can be told as political thrillers, corporate mergers, military epics, and occasionally even murder mysteries".



Segundo Fustel de Coulanges (2004, p. 69-70), a *confarreatio* era precedida da *truditio*, ou seja, formalidade pela qual o *pater familias* permitia que a mulher se desligasse do lar original e fosse conduzida à casa do futuro marido, usando véu e uma coroa, acompanhada de um cortejo, em que os participantes cantavam hino religioso¹⁰⁸.

Chegando ao local, iniciava-se a *confarreatio*, cerimônia religiosa, típica da classe patrícia, bastante complexa, realizada perante o Sumo Pontífice, o sacerdote de Júpiter (*Flamen Dialis*) e dez testemunhas que, provavelmente, representavam, por nubente, as cinco classes em que se dividia o povo romano ou as dez cúrias da tribo do marido.

Sacrificava-se uma rês, dividia-se um bolo (*panis farreus*), pronunciavam-se palavras solenes e a noiva passava a integrar o lar do noivo ou do seu *pater familias*, caso esse fosse *alieni iuris*.

A *coemptio*, por sua vez, representava uma venda simbólica, provavelmente da mulher, por si mesma, ao marido, com utilização das formalidades da *mancipatio*¹⁰⁹.

O *usus* assemelhava-se à usucapião e ocorreria se o marido convivesse com a mulher sob o mesmo teto por um ano inteiro. Caso a mulher se afastasse do lar do marido por três noites consecutivas (*usurpatio trinoctii*), evitava a *conuentio in manum*.

Segundo o Professor Moreira Alves (2007, p. 628), de todas essas formas de aquisição de *manus*, a primeira a ser abandonada foi o *usus*, desaparecendo a *coemptio* no século IV a.C. e permanecendo a *confarreatio* possivelmente até a implantação do Cristianismo como religião oficial do Império Romano.

O casamento *sine manu* constituiu uma evolução das relações familiares, pois não mais havia transferência do poder do *pater familias* sobre a mulher para o marido. A noiva, ao casar-se, permanecia ligada ao lar paterno e seus bens não passavam à pro-

108 O casamento era precedido de troca de garantias (*dos* e *donatio*) e de promessas entre o noivo e o pai da noiva. Em seguida, o noivo colocava um anel de ferro no terceiro dedo da mão esquerda da noiva, onde os romanos acreditavam passar uma veia que seguia direto para o coração. O casamento realizava-se alguns dias depois, repleto de simbolismos, como o uso de um vestido branco pela noiva, a presença de um padrinho (*auspex*) que pronunciava uma fórmula, uma chuva de nozes (e não de arroz) sobre os noivos, um banquete e a tradição de carregar a noiva pelo portal da casa, sem deixar que seus pés tocassem o chão (GIES; GIES, 1989, p. 23).

109 Modo derivado de aquisição da propriedade; negócio jurídico solene que só podia ser praticado por cidadãos romanos ou por latinos e peregrinos que possuíssem o *ius commercii*. (ALVES, 2007, p.317).



priedade do marido, a quem se destinava apenas um dote, a ser devolvido em caso de dissolução do matrimônio.

Quanto à natureza jurídica do casamento romano, é certo que se tratava de um fato jurídico, pois relevante para o direito, uma vez que havia nítida preocupação em estabelecer regras tais como a idade núbil, a necessidade de consentimento, os impedimentos.

Produzia, ainda, diversos efeitos jurídicos, dentre eles, o direito a alimentos e à sucessão de bens, a proibição de doação entre cônjuges após 204 a.C., o dever de fidelidade, inicialmente apenas da mulher etc.

Afirma Paulo Henrique de Arruda Gonçalves (1982, p. 70) que se tratava de um fato jurídico, “situado acima do ato ou negócio jurídico, enquadrando-se, pela sua importância para os cônjuges e para o meio social, no que modernamente se denomina instituição jurídica”, o que se poderia perceber por meio das definições de Modestino e das Institutas (nota 98) que ressaltam o estado matrimonial (instituição) e não o ato constitutivo (declaração de vontade).

O Professor Moreira Alves apresenta entendimento diverso.

Após detida reconstituição das teses existentes¹¹⁰, concluiu que o casamento sempre foi um ato jurídico, decorrente de um consentimento inicial, sem qualquer formalidade, que produzia um vínculo jurídico e independente da vontade contínua dos nubentes, pois só terminaria com a morte ou com a manifestação expressa de vontade contrária de um dos cônjuges (divórcio).

1.1.2 CASAMENTO NO DIREITO CANÔNICO

Para o direito canônico, do qual mais se aproxima o nosso casamento atual, o matrimônio tem natureza mista, pois, além de contrato, seria principalmente um sacramento.

110 A análise centra-se nas seguintes teses e suas variações: a) o casamento seria um contrato, sem conteúdo patrimonial como entendiam os glosadores ou de sociedade, como pensavam os pós-glosadores; b) o casamento derivaria de um consentimento consistente em um acordo de vontades não-instantâneo, mas continuado, mantido enquanto durasse o casamento (relação de fato); seria, portanto, um estado de fato qualificado pela convivência como marido e mulher (elemento objetivo) e pela intenção de assim conviver (*affectio maritalis*—elemento subjetivo) e terminaria quando essa vontade desaparecesse; c) o casamento decorreria de um consentimento inicial, independentemente de sua manutenção ao longo do relacionamento, só se desfazendo quando há manifestação expressa de vontade em contrário (divórcio) (1995, p. 3/47).



Distingue o Direito Canônico o matrimônio *in fieri*¹¹¹, ou seja, o contrato pelo qual se constitui a sociedade conjugal, do matrimônio *in factum esse*, que representa a própria união conjugal.

Ambas as espécies estão contidas no Cânon 1055, § 1º, segundo o qual:

a aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si um consórcio para toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevada à dignidade de sacramento.

Observe-se que o conceito canônico traz no seu bojo a finalidade do casamento, questão que gerou imensa controvérsia nos primórdios da Igreja Católica e que, segundo Limongi França (1968, p. 29), seria indício de que o casamento não poderia ser um contrato na acepção jurídica, uma vez que seu objetivo seria preexistente e acima da vontade dos nubentes, além de ser incidível do sacramento.

Inicialmente, o casamento não é visto com bons olhos pelos ascetas que colocavam a virgindade e o celibato como bens maiores na busca da ascensão espiritual.

Entre os séculos VI e VIII, a Igreja tentou construir uma disciplina do casamento voltada para as camadas superiores da sociedade e esse se apresentava como um remédio contra a concupiscência, passando-se a exaltar o uso legítimo da sexualidade dentro do matrimônio e a completa igualdade entre os cônjuges, o que fazia do adultério do marido violação tão grave quanto o da esposa e da virgindade do homem tão importante quanto à da mulher.

Em busca das razões que legitimariam o casamento em contraposição à castidade, Santo Agostinho afirma que essas estariam no *tripartitum bonus*, ou seja, na *proles* (procriação e educação dos filhos), na *fides* (fidelidade que se devem os cônjuges) e no *sacramentum* (vínculo indissolúvel que simboliza a união entre Cristo e a Igreja) (CAMPOS, D., 1989, p. 96 e ss).

111 Matrimônio *in fieri* é "o ato contratual, bilateral e recíproco, consensual e formal, entre pessoas juridicamente hábeis, que surge do consentimento legitimamente manifestado, pelo qual um varão e uma mulher se dão e se aceitam, por aliança irreversível, para constituir o matrimônio". É o contrato pelo qual se faz e se constitui a sociedade conjugal. Distingue-se do casamento *in factum esse* que é "a comunidade permanente e exclusiva entre um varão e uma varoa, orientada, por sua própria índole natural, à perfeição própria e à procriação e educação da prole" (CRUZ, 1998, p. 25-26).



Haveria, ainda, outros bens secundários como a *fraterna societas* (união das almas com o objetivo de proporcionar aos cônjuges mútua assistência) e o *remedium infirmitatis* (remédio para evitar o pecado da carne, usando moderadamente dos prazeres desta).

Abelardo, por sua vez, desenvolveu teoria no sentido de que o casamento seria um bem, pois, se o Criador quis que a atividade sexual fosse seguida de prazer, aqueles que a praticam legitimamente (dentro do casamento), não cometeriam pecado. Assim, justificar-se-ia o sacramento.

Hugo de Saint-Victor via a comunhão que se estabelece entre os cônjuges como o objetivo a ser alcançado e Petrus Lombardus entendia o casamento ainda como uma forma de busca da paz e da reconciliação dos inimigos.

Esse último também recuperou a espiritualidade do casamento na análise que fez da sua essência que não estaria na união dos corpos, mas na unidade das almas, sendo suficiente o amor espiritual para o aperfeiçoamento do casamento, dispensando-se as relações sexuais.

Enfatizou-se, a partir de então, a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges, o que tornou mais claro o caráter contratual do matrimônio, pois naquele período se entendia como contrato “todo fato jurídico cuja constituição dependesse da manifestação da vontade das partes” (GONÇALVES, 1982, p. 72).

Esse aspecto misto do casamento (contrato/sacramento) é bastante nítido no § 2º do Cânon 1055: “Por essa razão, entre batizados, não pode haver contrato matrimonial válido que não seja por si mesmo um sacramento”.

1.1.3 CASAMENTO COMO INSTITUIÇÃO

Em defesa do casamento-instituição, Limongi França (1968, p. 28) observa que uma das características fundamentais necessárias para a definição do conceito de instituição é uma “ínsita idéia-finalidade que independe da vontade dos que dela participam”.



A instituição¹¹² preexistiria ao consentimento e subsistiria sem ele e até apesar dele, tendo por finalidade a realização de um bem de interesse coletivo e, para tanto, harmonizaria e subordinaria as vontades individuais, tornando-as convergentes. A liberdade individual seria sacrificada em nome de um regime regulamentar imposto pela finalidade a atingir.

Sustenta que a teoria institucionalista seria complementada pela do ato-condição, elaborada pelos publicistas do início do século XX, principalmente por Leon Duguit, segundo a qual esse “se configura por uma declaração de vontade, que insere o sujeito num complexo de relações jurídicas, previamente definido no sistema, de modo geral e impessoal” (FRANÇA, 1968, p. 28).

Finaliza por afirmar que o casamento é “uma instituição, com caracteres próprios, que nasce de um ato jurídico de feição complexa” (FRANÇA, 1968, p. 31).

Repudia de igual modo o casamento como contrato Lafayette Pereira, em razão de sua natureza íntima, entendendo-o como instituição de maior importância. Observa que:

O casamento abrange a personalidade humana inteira; cria a família; funda a legitimidade dos filhos; dá nascimento a relações que só se extinguem com a morte: os direitos e obrigações que dele resultam trazem o cunho da necessidade e, no que dizem respeito às pessoas, não podem ser alterados, modificados ou limitados pelo arbítrio dos cônjuges. (1956, p. 35)

Embora não afirme o caráter institucional do casamento, Hegel (1997, p. 92-93 e 156-162) nega veementemente que ele possa ser um contrato, eis que, para o filósofo, o contrato teria por objeto a transferência de propriedade, enquanto o casamento seria algo muito maior, ultrapassando a pessoa autônoma em sua individualidade e sugerindo uma realidade moral acima inclusive do Estado.

Entre nossos doutrinadores, a teoria institucionalista é defendida também por Ebert Chamoun (1959, p. 31), José Amado Nascimento (1979, p. 123-142)¹¹³ e Carlos Dias Motta (2007, p. 259)

112 Dominique Fenouillet chama atenção para o fato de que o caráter institucional do matrimônio estaria em declínio, conferindo-se mais importância à vontade individual, principalmente em face da descriminalização do adultério e da admissão de divórcio por mútuo consentimento (1997, p. 20).

113 No mesmo sentido: Adriana Barreira Panattoni Ceccato (1996, p. 751-761).



1.1.4 CASAMENTO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

Manuel Albaladejo García (2008, p. 32) afirma que o ato criador do casamento é um acordo de vontades, em nada se diferenciando dos demais doutrinadores, mesmo dos adeptos da teoria institucionalista, pois ninguém nega que o ato inicial do matrimônio decorre da manifestação expressa da vontade convergente dos nubentes.

Ressalta, contudo, que só seria possível atribuir ao casamento a natureza contratual se a palavra contrato fosse entendida apenas como acordo de vontades ou negócio jurídico bilateral e não em sentido estrito, pois esse se refere aos acordos de vontade patrimoniais. Do contrário, o casamento seria apenas negócio jurídico.

Eduardo Serrano Gómez (2007, p. 32-33) critica a doutrina contratualista, afirmando que não se encontram dentro do matrimônio posições equivalentes às de credor e devedor, pois, ainda que os cônjuges possuam obrigações, seu conteúdo é diverso das obrigações de direito civil patrimonial.

Considera mais razoável entender o casamento como negócio jurídico bilateral, ainda que não nos mesmos termos do direito civil comum, uma vez que o princípio da autonomia da vontade seria mitigado no direito de família, pois não se poderia fixar livremente o conteúdo da relação, nem afastar as prescrições legais.

Defendem também o casamento como negócio jurídico bilateral Paulo Henrique de Arruda Gonçalves (1982, p. 67-94), José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (2002, p. 125)¹¹⁴.

1.1.5 CASAMENTO COMO CONTRATO E COMO CONTRATO/INSTITUIÇÃO

Como já visto, a definição do casamento como contrato tem sua origem no direito canônico e assumiu relevância no século XVIII, com o advento da Revolução Francesa e do Código Civil de 1804, influenciando a escola Exegética do século XIX e sobrevivendo até os dias de hoje.

114 Luiz Roldão de Freitas Gomes parece concordar com a natureza negocial do casamento, negando-lhe as características de um contrato, embora não assuma expressamente essa posição (1993, p. 114-115).



Limongi França (1968, p. 19-32), adepto da teoria institucionalista, considera que a visão contratualista do casamento é um dos piores legados deixados pela Revolução Francesa¹¹⁵.

Os contratualistas, por sua vez, fundamentam-se no fato de a formação do casamento, assim como os contratos, depender da manifestação de vontade dos cônjuges, definindo-se o matrimônio por seu ato constitutivo, como ocorre no matrimônio *in fieri*.

Poucos são¹¹⁶, contudo, adeptos daquilo que Limongi França chama de teoria contratual pura, segundo a qual o casamento seria equiparável em todos os seus aspectos aos demais contratos, ainda que de cunho patrimonial, pois todos os autores reconhecem as singularidades próprias do matrimônio.

Caio Mário da Silva Pereira afirma que se trata de “um contrato especial”. Sustenta o aspecto contratual do casamento, afirmando que o que deve ser considerado é o “paralelismo com os contratos em geral, que nascem de um acordo de vontade e realizam os objetivos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora dos declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica” (2005, p. 58).

Continua, asseverando que a natureza contratual não é negada pela exigência de forma especial, nem pela participação direta do Estado no ato constitutivo e nem mesmo pelo fato de não se admitir distrato.

O último argumento não apresenta qualquer relevância nos dias de hoje, em face do advento da Lei 11.441, de 04.01.2007, que instituiu a separação e o divórcio extrajudicial, pois basta ao casal manifestar a vontade de pôr fim ao vínculo conjugal mediante escritura pública (da mesma forma como se faz com a compra e venda de imóveis) e isso ocorrerá, sendo desnecessário o envolvimento do Poder Judiciário. Aproxima-se, portanto, do distrato¹¹⁷.

115 Constituição Francesa de 03.09.1791, TITRE II - De la division du royaume, et de l'état des citoyens, Article 7: La loi ne considère le mariage que comme contrat civil.

116 A teoria contratualista pura assenta suas bases no direito natural. John Locke, por exemplo, além de considerar a sociedade conjugal como resultante de um pacto voluntário entre homem e mulher, afirma que a mulher pode separar-se do homem livremente, o que estaria autorizado ou pelo direito natural ou pelo contrato entre eles. De igual modo, admite que o contrato disponha inclusive sobre quem ficará com a prole em caso de separação. Afirma, ainda, que o magistrado civil não poderia limitar o direito ou o poder dos esposos, intervindo apenas em caso de conflito (2006, p. 128-131).

117 Harry Willekens chama a atenção para o fato de que o casamento sofreu uma desinstitucionalização desde que perdeu sua função de conferir legitimidade aos filhos. Aponta como fatores para tanto a facilidade



Giselda Hironaka (1990, p. 10-11) também classifica o casamento como um contrato especial de direito de família, pois se origina no livre acordo de vontade dos nubentes e, ainda que seus efeitos sejam imutáveis, eles só existem em razão da manifestação expressa do consentimento neste sentido.

Clóvis Beviláqua (1961, p. 35) é enfático em conceituar o casamento como contrato, afirmando que se trata de:

um contrato mais solene do que qualquer outro, pois que envolve, como dizia Lord Robertson, a mais importante de todas as transações humanas, e é a base de toda a constituição da sociedade civilizada; terá efeitos mais extensos, valor social maior, pois que legitima a família e faz tecer-se uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres; mas, em todo o caso, é um contrato. Não tenhamos os escrúpulos de Savigny, e coloquemos o matrimônio “ao lado da venda como um contrato consensual”, pois não é a posição dada a um rebento jurídico que lhe empresta importância e elevação; esses atributos são-lhe algo de mais íntimo.

Pires de Lima e Braga da Cruz defendem a natureza contratual do casamento, até mesmo porque o artigo 1º, do Decreto n.º 1, do direito português então vigente, definia o casamento como “contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente com o fim de constituírem legitimamente a família”.

Além disso, o matrimônio não poderia ser considerado uma instituição porque o estado de cônjuge, esse sim institucional (casamento *in factum esse*), surgiria do ato jurídico casamento, cuja natureza é de um contrato:

se quisermos precisar melhor: até estar terminada a celebração do casamento, este se apresenta como um contrato; mas, uma vez celebrado, toma o aspecto de uma instituição.

E assim, é fácil de concluir que a teoria do casamento-instituição não prejudica de modo algum a teoria do casamento-contrato, não destrói a natureza jurídica contratual do casamento. (CRUZ, G.; LIMA, 1949, p. 13-14)

de obtenção do divórcio e o desaparecimento de sanções legais para as uniões estáveis e a extensão de direitos matrimoniais para essas relações. (1998, p. 54-55).



Virgílio de Sá Pereira, por sua vez, conceitua o casamento como um contrato, mas de sociedade, em que impera a *affectio maritalis* como espécie da *affectio societatis* (1959, p. 105-118).

A natureza contratual do casamento também é afirmada por Carvalho Santos (1987, p. 11) e por José Bonifácio de Andrada e Silva, ao anotar a obra de Lafayette Pereira (1956, p. 36), embora ressaltem os traços especiais de tal contrato, e por Gérard Cornu (1998, p. 244).

Em razão das peculiaridades do casamento, muitos autores, não conseguindo enquadrá-lo totalmente como contrato, nem como instituição, afirmam uma natureza complexa e eclética, segundo a qual haveria contrato na formação (casamento *in fieri*) e instituição na sua duração (casamento *in factum esse*), em razão da atuação do Estado e pelo caráter inalterável de seus efeitos. Cria-se, portanto, a teoria eclética.

São partidários dessa teoria no direito pátrio contemporâneo: Orlando Gomes (1994, p. 50), Eduardo de Oliveira Leite (2005b, p. 48-50); Sílvio Rodrigues (2007, p. 22), em que pese chamá-lo de contrato de direito de família, pois ressalta as características institucionais e contratuais; Arnaldo Rizzardo (2007, p. 21-24) entre outros.

Em verdade, a leitura daqueles autores comumente tratados como contratualistas revela a ausência de purismo na doutrina adotada, pois, mesmo os mais ferrenhos defensores do casamento-contrato, não deixam de reconhecer as peculiaridades do estado posterior ao casamento, nem das normas especiais, em sua maioria cogentes, que regulamentam as relações internas dos cônjuges.

Embora centrados no ato originário, não deixam de resvalar no que se pode chamar de estado matrimonial, sendo, portanto e via de regra, ecléticos, pois sempre qualificam o contrato como especial, complexo, de direito de família, reconhecendo certa natureza institucional no âmbito do casamento *in factum esse*.

1.1.6 ANÁLISE CRÍTICA

Expostas as diversas teorias existentes, deve-se consignar que verdadeiramente o casamento é especial dentro do ordenamento jurídico, pois, como a maior parte dos institutos de Direito de Família, está voltado principalmente para o aspecto pessoal



das relações, constituindo a faceta patrimonial questão secundária, principalmente diante do movimento de repersonalização das relações familiares.

Não pode ser conceituado como simples ato jurídico em sentido estrito como leciona Francisco Amaral (2006, p. 342), pois embora a manifestação da vontade dos nubentes importe a produção de efeitos já estabelecidos em lei, dela decorrem outros efeitos que podem ser escolhidos pelos nubentes.

Além disso, o casamento não é mera atuação da vontade, mas expressão da autonomia privada, ainda que essa seja mitigada, como ocorre, por exemplo, nos contratos de adesão, pois os nubentes possuem certa liberdade para criar regras acerca do seu próprio comportamento com o intuito de realizar seus interesses.

Aliás, ressalta Orlando Gomes (1994, p. 50) que “o que imprime a um ato *natureza contratual* não é a livre determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua formação por acordo livre e espontâneo de vontades”.

Em verdade, o que qualifica a relação estabelecida entre os cônjuges, em face de qualquer outro contrato, “é o compromisso jurídico de assumir como casal uma série de deveres recíprocos de solidariedade que os convertem em uma unidade permanente¹¹⁸” (FERNÁNDEZ, 2001, p. 175).

Os cônjuges agem de forma paritária no momento da formação do vínculo, bem como na escolha do regime de bens.

A autonomia privada está presente, ainda, na decisão livre do casal sobre planejamento familiar (CC, art. 1543), na livre administração e aquisição familiar (CC, arts. 1642 e 1643), na possibilidade de alteração do regime de bens (CC, art. 1639) e na liberdade de escolha do modelo de formação educacional, cultural e religiosa dos filhos (CC, art. 1634).

Ademais, o próprio artigo 1513, do Código Civil, veda ingerência pública ou privada na comunhão de vida instituída pela família, o que significa que neste âmbito se faz valer a vontade de seus integrantes.

118 No original: “el compromiso jurídico de asumir como pareja una serie de deberes recíprocos de solidaridad que los convierten en una unidad permanente”



Deve-se lembrar que a autonomia é derivada do próprio ordenamento jurídico e é por ele limitada, podendo ser exercida de forma mais ampla em se tratando de questões patrimoniais e de maneira mais restrita no âmbito das relações pessoais do Direito de Família.

É certo, contudo, que se mostra inviável sua equiparação absoluta aos contratos patrimoniais, pois a questão principal é pessoal.

Por outro lado, o simples fato de haver um celebrante não é suficiente para que se entenda que o casamento só ocorre com a concorrência da manifestação da vontade da autoridade civil ou religiosa.

Em verdade, o celebrante não manifesta sua vontade para a consecução dos objetivos do casamento, nem participa da vida conjugal. Sua presença decorre do fato de que o casamento é extremamente importante para a sociedade e o Estado entendeu necessária sua presença a título de fiscalização, até mesmo para evitar a realização de matrimônios quando existentes impedimentos e causas suspensivas. Ele é, como no direito canônico, uma testemunha qualificada.

Assiste razão, portanto, a Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 62) quando afirma que o casamento se torna perfeito após a manifestação de vontade dos nubentes, sendo a intervenção do celebrante meramente declaratória e não constitutiva.

Assim, se um dos nubentes falecer após externar seu consentimento, mas antes de pronunciada a fórmula prevista no artigo 1535, do Código Civil, o casamento produzirá todos os seus efeitos e obrigatório será o seu registro.

Compartilha de tal entendimento Carvalho Santos (1987, p. 98-101) para quem a função do celebrante também é meramente declaratória, não podendo se recusar a declarar o casamento realizado se os nubentes externaram seu livre consentimento. Essa homologação, portanto, não é essencial ao casamento.

De igual modo, como já dito alhures, o ordenamento jurídico atual não exige a intervenção do Estado para que se realize o divórcio ou a separação, pois, de acordo



com o artigo 1124-A, do Código de Processo Civil, desde que não haja filhos menores¹¹⁹, a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial poderá ser feita extrajudicialmente, mediante escritura pública.

Tal argumento, portanto, não mais justifica a oposição à tese contratualista¹²⁰.

Não parece subsistir também a alegação de que os contratos obrigacionais apresentam como característica a contraposição de interesses, enquanto no casamento haveria convergência desses.

Ainda que se possa discutir a natureza jurídica da sociedade, o artigo 981 define-a como contrato, sendo certo que há congregação de vontades paralelas para a consecução de um objetivo comum, nos mesmos moldes em que ocorre nos contratos de parceria agrícola e pecuária.

De igual modo, não procede o argumento de que na sociedade as entradas podem ser realizadas por coisas diversas, como dinheiro, bens ou indústria, mas que, no casamento, seriam forçosamente da mesma natureza, ou seja, a própria pessoa dos cônjuges (NASCIMENTO, 1979, p. 133).

Em primeiro lugar, a natureza da contribuição de cada sócio não define a sociedade. Por outro lado, não se pode admitir a entrega em caráter comercial da pessoa dos cônjuges.

O casamento destina-se à formação de uma sociedade conjugal em que cada cônjuge participa com seus esforços e com seus dotes naturais para a persecução de um interesse comum. Se levada ao extremo a comparação, poder-se-ia afirmar que ambos os “sócios” entram com a “indústria” necessária à consecução do fim último por eles buscado.

O simples fato de se assumir que os contratos são temporários e o casamento permanente é pueril e não faz qualquer sentido diante da facilidade atual para a sua dissolução.

119 Melhor teria feito o legislador se permitisse que todas as separações e divórcios consensuais se realizassem extrajudicialmente, determinando, porém, que as questões relativas aos filhos fossem submetidas ao crivo do Poder Judiciário e à fiscalização do Ministério Público.

120 A tese contratualista parece crescer na Europa em face de um movimento de desregulamentação do casamento, noticiado por vários autores como Jean-Louis Renchon (2005, p. 30-31), Rainer Frank (2000; 2002) e Marie-Thérèse Meulders-Klein (2002). No Brasil, cf. Tereza Cristina Monteiro Mafra (2007), para quem o casamento vem perdendo sua natureza institucional, assumindo cada vez mais caráter contratual.



A existência de uma teoria própria de nulidades não pode também descaracterizar a faceta contratual do casamento, pois como já afirmado, o casamento é uma espécie única de contrato, que se insere em um contexto superior que é a preservação da família, justificando-se, assim, que o interesse do ordenamento jurídico seja dificultar a sua dissolução, impedindo até mesmo que o magistrado reconheça de ofício eventual nulidade.

A exigência de que o casamento não ocorra entre mais de duas pessoas e que estejam ausentes impedimentos também não transforma o casamento em uma instituição e não serve para afastar sua natureza contratual.

Atualmente, todos os contratos devem observar sua finalidade social. Em nossa sociedade, a bigamia é crime. Cuida-se de opção social, concretizadas pelo ordenamento jurídico e que representa a expectativa de toda a sociedade em torno de algo que é tão importante para a sua própria formação.

Limitações legais podem ocorrer em qualquer espécie de contrato e não desvirtuam, por si só, a sua natureza.

Argumentam os institucionalistas, ainda, que a conceituação do casamento *in fieri* realizada pelo Direito Canônico, segundo o qual se trataria de um contrato com finalidade (gerar e educar a prole) preexistente e acima da vontade dos nubentes, além de ser incidível do sacramento, demonstraria que o casamento não poderia ser contrato, uma vez que esse não teria objetivo específico.

A existência de finalidade preconizada pelo Direito Canônico, contudo, não é da essência do casamento, como conceito jurídico, uma vez que ainda haverá tanto casamento como sacramento se não houver filhos, sendo que o próprio Código Canônico caracteriza o casamento como contrato matrimonial (Cânion 1055, § 2º).

A falência social dos objetivos matrimoniais não implica a sua inexistência jurídica, eis que o término do casamento, como relação jurídica, só ocorrerá nas hipóteses legalmente previstas. No caso do ordenamento brasileiro, se houver anulação, declaração de nulidade, divórcio ou morte de um dos cônjuges.

Por outro lado, é certo que qualquer contrato tem uma finalidade específica, pois ninguém contrata pelo simples prazer de contratar, mas com a intenção determinada de adquirir algo (bens ou serviços), transferir propriedade, obter representação etc.



A ingerência do Estado em questões familiares e principalmente no casamento também não pode ser suficiente para que se caracterize o casamento como instituição, pois há contratos como os de consumo em que a presença estatal é marcante e nem por isso há sua descaracterização como tais.

Por outro lado, o direito de família vem buscando a repersonalização das relações jurídicas da família, centrando sua atenção na pessoa, na igualdade entre seus membros e na liberdade no exercício de suas opções (LÔBO, 2004).

O casamento, por sua vez, é uma manifestação de um direito fundamental do ser humano, ou seja, o direito de unir-se a outro para a satisfação de suas necessidades pessoais e consecução de interesses comuns.

É, dessa forma, expressão da autonomia privada e representa um acordo de vontades, realizado na forma da lei, com a finalidade de formar uma unidade de convívio que poderá levar à aquisição, transferência, conservação, modificação ou extinção de direitos, dependendo da forma como os cônjuges atuem dentro da sociedade conjugal¹²¹.

Há, portanto, natureza contratual¹²².

Para aqueles que negam a existência de contratos sem conteúdo patrimonial, o casamento será então um negócio jurídico bilateral, pois decorre de duas manifestações de vontade que formam uma declaração vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos¹²³.

1.2 UNIÃO ESTÁVEL

Estabelecida a natureza jurídica do casamento, deve-se verificar se a união estável pode ser enquadrada na mesma categoria.

-
- 121 Utilizou-se a definição de contrato de Caio Mário da Silva Pereira. (1999b, p. 2). Ricardo Luis Lorenzetti afirma que o contrato é produto da autonomia dos indivíduos, com a finalidade de regulamentar os direitos provenientes de um acordo de vontade (1995, p. 5).
- 122 Díez-Picazo e Cullón, por exemplo, ora tratam o casamento como negócio jurídico (*"El negocio jurídico matrimonial, tal como lo regula el Derecho civil, es un negocio jurídico formal y solene"*), ora como contrato (*"El contrato matrimonial del Derecho civil se perfecciona con la emisión de los consentimientos y la observancia de las formalidades"*) (2001, p. 62).
- 123 Utilizou-se a definição de negócio jurídico desenvolvida por Antônio Junqueira de Azevedo (2002a).



Caso a resposta seja negativa, mais uma razão existe para que não se possa equiparar os institutos, como já defendido em outras oportunidades (XAVIER, 2006, 2008).

Como já vimos, o casamento forma-se pela manifestação expressa da vontade qualificada dos nubentes, sem a qual boa parte da doutrina defende a inexistência do casamento¹²⁴.

Veja-se que, independentemente da teoria adotada, seja institucionalista, contratualista ou outra, ninguém nega que a manifestação de vontade externada expressamente é requisito indispensável para que se configure o casamento.

A questão do consentimento expresso remonta ao direito romano, pois, para que o casamento romano fosse legítimo, ao contrário do que ocorria no âmbito bárbaro¹²⁵, eram necessários o consentimento, a puberdade¹²⁶ e o *conubium*¹²⁷.

Interessa-nos apenas o consentimento, que, no direito romano primitivo¹²⁸, só era exigido das pessoas *sui iuris*, mas não daqueles *alieni iuris*, hipótese em que apenas os *patres familias* decidiam.

Nos períodos clássico¹²⁹ e pós-clássico¹³⁰, o consentimento sempre era exigido e indispensavelmente cabia aos nubentes externá-lo, devendo ser integrado pelo do *pater familias* quando havia nubente *alieni iuris*, sendo possível o suprimento como até hoje existe em nossa legislação (artigo 1519, do Código Civil).

124 Pires de Lima e Braga da Cruz, repudiando a teoria da inexistência do casamento, sustentam que a falta de consentimento nunca produz a inexistência jurídica do casamento, mas a inexistência material ou a nulidade, como ocorreria nos casos de casamento de loucos (1949, p. 226-229). A mesma esteira de pensamento é trilhada por Virgílio de Sá Pereira que repudia o princípio *pas de nullité sans texte en matière de mariage*, pois, para ele, a teoria dos atos nulos seria suficiente para tratar das questões atinentes à inexistência do casamento (ausência de consentimento, pessoas do mesmo sexo e ausência de celebração) (1959, p. 185-218). Aceitam, por sua vez, a teoria da inexistência do casamento por ausência de consentimento: José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (2002.); Carvalho Santos (1987, p. 153-161), entre outros.

125 O casamento era arranjado entre os parentes masculinos da noiva, cujo consentimento não era necessário (GIES; GIES, 1989, p. 33).

126 A idade núbil no direito pré-clássico dependia de exame individual. Posteriormente, fixou-se aos 12 anos para a mulher e aos 14 anos, para o homem. (ALVES, 2007, p. 648.)

127 Compreende requisitos absolutos: liberdade (a união em que uma das pessoas fosse escrava se denominava *contubernium* e não produzia efeitos jurídicos), cidadania, serviço militar (os soldados que prestavam serviço militar não poderiam casar), monogamia e ausência de impedimentos matrimoniais. (ALVES, 2007, p. 649-650.)

128 Das origens de Roma à Lei Aebutia, de data incerta, compreendida entre 149 e 126 a.C.

129 Da Lei Aebutia ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.

130 Do término do reinado de Diocleciano até à morte de Justiniano em 565 d.C.



A necessidade do consentimento era expressa na fórmula *Nuptias consensus non concubitus facit* (GIES; GIES, 1989, p. 21), ou seja, consentimento, não consumação, faz o casamento.

O cristianismo adotou esse posicionamento do direito romano e a Igreja Católica gradualmente impôs em sua doutrina a sua imprescindibilidade, ainda que no início a vontade verdadeiramente livre dos nubentes pudesse ser questionada em face do interesse maior de seus pais.

Tanto é assim que Hincmar, arcebispo de Reims (c. 806-882), definia um casamento legítimo como aquele em que as partes fossem iguais, livres e houvessem externado consentimento expresso; a mulher fosse entregue pelo pai e apropriadamente dotada; o casamento fosse publicamente celebrado e houvesse consumação (GIES; GIES, 1989, p. 87).

Franciscus Gracianus, no século XII, defendia que o consentimento não era apenas indispensável para um casamento válido, mas o único requisito que não poderia ser omitido, ainda que para ele o matrimônio fosse imperfeito sem a cópula carnal (GIES; GIES, 1989, p. 137-138).

Dando continuidade à primeira linha de pensamento, Petrus Lombardus, também no século XII, afirmava que um verdadeiro casamento, legalmente incontestável, demandava que o casal pronunciasse “palavras do presente” (*verba de praesenti*), ou seja, palavras que significassem explicitamente que os nubentes se estavam recebendo naquele momento como marido e mulher, sendo desnecessária a consumação (GIES; GIES, 1989, p. 139).

Para o último, o casamento ocorria apenas com a expressão do consentimento dos noivos, admitindo-se até mesmo as núpcias secretas.

Essa orientação imperou no direito canônico até o Concílio de Trento, em 1563, quando se baniu o casamento clandestino e formalidades foram introduzidas, passando-se a exigir, além do consentimento expresso, a presença da autoridade religiosa e de testemunhas (GIES; GIES, 1989, p. 300).

Observa-se, contudo, que o Cânon 1057, § 1º, ainda traz a manifestação de vontade como requisito essencial do matrimônio: “o consentimento das partes, legitimamente manifestado entre pessoas juridicamente habilitadas, produz o casamento;



consentimento que nenhum poder humano pode suprir.” O parágrafo segundo, por sua vez, conceitua o consentimento matrimonial como “ato de vontade, pelo qual o varão e a mulher se entregam e se aceitam mutuamente em aliança irrevogável para constituir o matrimônio”.

Também o Código Civil francês, em seu artigo 146, prevê que não haverá casamento sem consentimento (*Il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a point de consentement*).

De acordo com o nosso Código Civil atual, a liberdade é da essência do casamento, pois, sem a incondicional declaração de vontade consciente de contrair-lo (art. 1535), não há matrimônio, devendo ser imediatamente interrompida a celebração, vedando-se a reatuação no mesmo dia, caso a resposta seja negativa ou haja manifestação de arrependimento (art. 1538). Ademais, o consentimento maculado por vício de vontade traz a possibilidade de anulação do ato, dentro dos prazos decadenciais previstos no artigo 1560.

A união estável, por sua vez, forma-se de maneira diversa do casamento, pois, segundo o artigo 1723, do Código Civil, ela configurar-se-á pela convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de criar uma família.

Sua constituição, portanto, não ocorre em um único ato como o casamento, dependendo da reiteração do *animus* de conviver pública e continuamente, de modo duradouro e com o objetivo de criar uma família.

Faltando um desses requisitos, não haverá união estável.

Da amplitude do conceito, resulta a dificuldade em estabelecer exatamente o momento em que se iniciou a união estável, uma vez que seu termo *a quo* não é o dia em que os conviventes resolveram residir sob o mesmo teto. Nesse momento, faltavam-lhes todos os requisitos previstos no artigo 1723, do Código Civil.

A união estável demanda convivência *more uxorio* por indeterminado prazo, cabendo sua aferição à análise do caso concreto.

Por outro lado, o consentimento expresso imprescindível ao casamento não é necessário na união estável¹³¹, pois ela pode ocorrer até mesmo apesar da vontade das partes.

131 “O casamento assenta na vontade livre dos nubentes em contrair-lo, conscientes dos deveres inerentes ao estado assumido perante a lei e a sociedade, incondicionalmente jurado. De modo diverso, as relações



Tal assertiva pode causar espanto e incitar imediata e enfática reação negativa dos defensores de sua equiparação ao casamento, mas encerra verdade comprovada empiricamente.

Em caso verídico, uma mulher ajuizou a conhecida ação de reconhecimento e dissolução de união estável em desfavor de seu alegado companheiro. Tomado o depoimento pessoal de ambas as partes, uma vez negada a convivência *more uxorio* pelo réu, a autora afirmou que o requerido evitava apresentá-la aos amigos e, quando o fazia, era apenas como a mãe de seus filhos.

De igual modo, nunca saía em sua companhia, evidenciando-se nítida má-vontade do réu em reconhecer publicamente o relacionamento, embora fosse do conhecimento do círculo imediato de convivência que ambos residiam sob o mesmo teto e mantinham relacionamento amoroso, tanto que houve prole.

No depoimento do requerido, esse admitiu o período em que moraram sob o mesmo teto, mas afirmou nunca ter pretendido manter uma união estável.

Observe-se que, a despeito do comportamento do réu que evitava dar publicidade ao relacionamento e da sua própria manifestação de vontade, as partes em questão eram tidas como um casal, estando presentes os requisitos para a configuração da união estável, ou seja, diversidade de sexos, publicidade (ainda que contra o desejo do companheiro), convivência contínua e duradoura (relacionamento perdurou por vários anos) e o intuito de formar família (o casal teve três filhos).

Outra prova de que o consentimento expresso não é necessário se encontra em caso hipotético, mas que pode muito bem ocorrer na vida real, em que dois namorados decidem residir sob o mesmo teto para dividir despesas, uma vez que ambos

pessoais entre os companheiros carecem desse ato volitivo formal e solene, mas a lei os submete a deveres semelhantes (à exceção da vida em comum no domicílio conjugal), ainda que não o queiram. Aqui, então, uma grande ironia ou paradoxo: se ninguém é obrigado a casar, na união estável o é, porque se está 'casado'. Com efeito, enquanto o casamento nasce da livre vontade dos nubentes, a união estável acontece por força da lei e contra eventual vontade em contrário. Ainda que não quisessem se obrigar com o casamento, com todas as suas consequências, na união estável — caracterizada por uma ilusória liberdade de se unir simplesmente de fato e de se desfazer a união a talante individual ou de mútuo acordo, sem maiores seqüelas afetivas ou patrimoniais — ficam jungidos, obrigatoriamente, aos deveres recíprocos de lealdade, respeito e assistência (CC, art. 1.724), e se lhes impõe, na ausência de contrato escrito, um regime de bens (CC, art. 1.725). Tudo à imagem e semelhança do casamento, mas independentemente da vontade do casal" (COMEL; COMEL, 2005, p. 41).



cursam universidade longe de casa e não possuem condições de manter residências em separado, ainda que esse fosse o desejo de ambos.

O objetivo deles não é a convivência marital, nem a formação de uma família; é unicamente econômico, embora certamente façam unir o útil ao agradável.

A decisão inicial, portanto, não envolve quaisquer dos requisitos previstos no artigo 1723, do Código Civil.

Passam-se alguns anos, todavia, e o espírito do casal modifica-se. Essa alteração pode ser tão gradual que nem mesmo os envolvidos conseguiriam precisar o momento em que o *animus* do relacionamento se alterou para, então, transformar-se em união estável.

No exemplo, a convivência *more uxorio* passa a resultar quase que da inércia e, certamente, não houve manifestação expressa da vontade de quaisquer dos agora conviventes.

Acrescente-se que o próprio dispositivo legal não exige consentimento expresso para a configuração da união estável. Aliás, como ressalta Cláudia Grieco Tabosa Pessoa (1997, p. 38) “a vontade inicial das partes é desprezada pelo legislador; a lei incidirá somente em função de determinados desdobramentos aos quais atribuídos efeitos específicos”.

Ora, se o consentimento expresso é requisito de existência do casamento e isso não ocorre para as uniões estáveis¹³², tem-se que ao menos um de seus elementos estruturais é diferente, o que se mostra suficiente para que não possam ser equiparados, merecendo tratamento jurídico que leve em conta as diferenças, apesar das similaridades.

No casamento, os nubentes, ao externar seu consentimento, não estão apenas se recebendo como marido e mulher, mas assentindo em se submeter às regras próprias do instituto.

132 Dominique Fenouillet (1997, p. 144), ao procurar caracterizar a união estável, afirma que isso será possível mediante uma comparação com o casamento, observando que, em aspecto negativo, os concubinos, diferentemente dos cônjuges não expressam seu consentimento perante a autoridade estatal (*négativement avant tout, puisque les concubins, à la différence des époux, n'ont pas échangé leurs consentements devant le maire*). No Reino Unido, o Family Law Act de 1996 contém expressa orientação para os tribunais no sentido de que levem em consideração que os coabitantes não se comprometeram nos termos do casamento (Parte IV, 41.1 e 2): “This section applies if the parties are cohabitants or former cohabitants. Where the courts is required to consider the nature of the parties’ relationship, it is to have regard to the fact that they have not given each other the commitment involved in marriage”. A esse respeito, cf. Katherine O’Donovan (2002, p. 455-471).



Em relação à união estável, ainda que os conviventes manifestem expressamente sua vontade de manter um relacionamento público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituir família, não estão assentindo em casar e nem em se submeter ao regime jurídico do casamento, sendo inviável, portanto, atribuir a eles as normas próprias do matrimônio, sob pena de violação da liberdade que cada pessoa possui de escolher a forma como deseja constituir uma família¹³³, liberdade agasalhada pela Constituição Federal que expressamente reconhece que o casamento não é a único meio de formação de uma entidade familiar.

Nas palavras de Francisco Cahali (2002, p. 29):

o concubinato continuaria sendo, como sempre foi, pela sua natureza, um fato social, um acontecimento no mundo empírico com conseqüências jurídicas pela sua constatação, emergindo daí a sua caracterização como fato jurídico. Não o cria o contrato, mas a situação de fato vivida pelos contratantes

Ana Elizabeth Cavalcanti (2004, p. 113) afirma que se trata de “fato jurídico não solene, de formação sucessiva e complexa”, pois “precisa se adequar a certos elementos para que seja finalmente reconhecida como fato jurídico”.

Alfredo Buzaid (1986, p. 163), ao tratar da ação declaratória, já lecionava neste sentido quando a questão ainda era analisada à luz da Súmula 380/STF:

a sociedade, de que fala a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, nasce de um fato (a união de um homem e uma mulher, que coabitam como cônjuges sem serem casados); mas por se tratar de fato juridicamente relevante (esforço comum na constituição de um patrimônio), gera ele uma relação jurídica de condomínio sobre os bens adquiridos. A ação declaratória, neste caso, visa ao reconhecimento de uma relação jurídica condominial

133 Afirma Francisco Cahali (2002, p. 43) que “conferir à união estável roupagem jurídica previamente confeccionada contraria a natureza do instituto, destacado exatamente pela voluntária não submissão a regras preexistentes. O concubinato não se ajusta à moldura solene e formal com regras rígidas estabelecidas na norma. Ele existe no plano fático. E da sua verificação são traçados efeitos jurídicos. Sua formação, pela vontade e convicção de seus partícipes, é exatamente independente de um regimento preestabelecido por regras rígidas e formais impostas pelo Estado”.



sobre bens em que cada concubino tem a parte com que concorreu para a sua aquisição. A jurisprudência admite, em tal caso, a ação declaratória¹³⁴.

É a união estável um fato jurídico em sentido estrito, pois produz efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas¹³⁵.

Como bem ressaltado por Cahali, o contrato, em nosso ordenamento jurídico, não cria a união estável, pois essa é aferida *a posteriori*, enquanto o casamento é celebrado *a priori*.

Cumpra observar que nossa legislação não permitiu a instituição da união estável contratual, pois houve veto aos artigos 3º e 4º¹³⁶, do Projeto de Lei 1.888-C, que posteriormente se tornou a Lei 9.278/96, admitindo-se atualmente contrato apenas para as relações patrimoniais (art. 1725, do Código Civil) decorrentes.

Outra seria a conclusão se, como na França, se admitissem os pactos civis de solidariedade, conceituados como contrato entabulado entre duas pessoas físicas maiores, de sexos diferentes ou não, para a organização de sua vida comum (art. 515-1, do Código Civil francês), que produz seus efeitos a partir do registro no Cartório do local onde fixado o domicílio e que deverá ser averbado no registro de nascimento de cada um dos contratantes (art. 515-3-1)¹³⁷.

134 O Ministro Eduardo Ribeiro possui voto em que afirma que a Constituição Federal, ao tratar da união estável, reconheceu-a apenas como uma entidade familiar, mas não como uma relação jurídica. Seria um fato juridicamente relevante que produz relações jurídicas, cuja tutela judicial pode se fazer necessária. (REsp 63.524/RJ, DJU 19.08.1996).

135 "Considera-se fato jurídico qualquer acontecimento ao qual o corpo jurídico positivo concede consequências jurídicas. Não importa a extensão de tais consequências; basta qualquer efeito para que se tenha por jurídico o fato que se analisa. É indiscutível que o concubinato está nessas condições. (...) Não se diga que, podendo a conceituação do fato jurídico bipartir-se em *lícito* e *ilícito*, nesta última categoria enquadra-se o concubinato. A objeção encontraria a oposição da lei, que lhe dá efeito, como já se viu, para gerar direitos. E mesmo que se considere a alteração contra os concubinos de uma situação preexistente (como no caso de revogação de liberalidades), ainda assim não perderia o concubinato seu caráter de fato jurídico. A relação, que resulta do fato jurídico, é um efeito jurídico, que se manifesta com a aquisição, a perda ou a modificação de um direito. E que o concubinato produz efeitos jurídicos, também de aspectos positivos, não há a menor dúvida" (BITTENCOURT, 1961, p. 64/65).

136 Art. 3º. Os conviventes poderão, por meio de contrato escrito, regular seus direitos e deveres, observados os preceitos desta Lei, as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direito.
Art. 4º. Para valer contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser averbado no competente Cartório de Registro Civil.

137 O PACS, contudo, não gera afinidade, presunção de paternidade, direito a nome, direito sucessório ou dever de fidelidade. Nas palavras de Françoise Dekeuwer-Défossez (2001, p. 545), "le PACS est bien ce qu'il prétend être : un contrat patrimonial, précaire par l'essence, destiné à organiser la vie commune d'un couple que n'entend assumer aucune obligation autre qu'à très court terme. (...) Le PACS est la démonstration



Assim, não assiste razão àqueles que atribuem à união estável natureza negocial¹³⁸, pois, em verdade, não se pode afirmar nem mesmo que se trata de um ato jurídico¹³⁹, uma vez que não há manifestação consciente de vontade, tendente à produção de determinados efeitos. Ainda que assim não fosse, eventual expressão de vontade não é levada em consideração pela norma jurídica para sua composição, ou seja, a intenção das partes é irrelevante para a incidência da lei que ocorrerá simplesmente pelo preenchimento dos requisitos necessários à configuração da união estável¹⁴⁰.

Nesse sentido, a lição de Antônio Junqueira de Azevedo (2002a, p. 16-17):

como categoria, por sua previsão normativa tomar em consideração a existência de um fato, que é visto socialmente como *ato* de vontade (já que ele é declaração de vontade), o negócio jurídico distingue-se claramente, em primeiro lugar, dos fatos jurídicos em sentido estrito. Não se trata, aqui, de verificar quais os fatos que *in concreto* são, ou não, atos de vontade, mas sim verificar se, *pela estrutura normativa*, se toma, ou não, em consideração a existência do que socialmente se vê como ato ou manifestação de vontade. Determinados fatos que, *na realidade*, são atos voluntários poderão entrar no mundo jurídico como fatos em sentido estrito, por a norma jurídica não leva em conta, na sua composição, nem o elemento 'declaração de vontade', nem sequer a simples manifestação de vontade; por exemplo, a morte, para efeitos sucessórios, é fato involuntário (fato jurídico em sentido estrito), que ser se esteja diante de morte natural, quer de morte provocada por terceiros, quer, finalmente, se trate de suicídio e, portanto, neste último caso, ela tenha sido, na realidade, ato de vontade.

que les qualifications de ménage et de mariage ne sont pas réductibles l'une à l'autre. Si le mariage est un ménage, il est aussi beaucoup plus que cela, alors que le PACS n'est effectivement que cela ".

138 Como afirma Francisco Pizzolante (1999, p. 111).

139 Para Francisco Amaral, fatos jurídicos em sentido estrito seriam aqueles em que não há manifestação da vontade humana. Quando houver intenção humana, haverá fatos voluntários, chamados atos jurídicos (2006, p. 342). Caio Mario da Silva Pereira classifica os fatos jurídicos em naturais e voluntários, afirmando que os primeiros independem da vontade do homem, embora atinjam relações jurídicas. Os voluntários resultariam da atuação humana, seja positiva ou negativa, "variando as conseqüências em razão da qualidade da conduta e da intensidade da vontade" (1999a, p. 292).

140 Jean-Louis Renchon afirma que é paradoxal se buscar a natureza jurídica de uma situação de fato (2005, p. 21). Aduz, ainda, que, enquanto o casamento é de interesse público, o mesmo não ocorre com as uniões estáveis, pois as relações delas derivadas seriam puramente privadas, sem nem ao menos influir sobre o estado civil de uma pessoa. (2005, p. 22).



Emílio Betti assevera que a diferença existente entre fato e ato jurídico está “na relevância jurídica reconhecida, ou não, a consciência e a vontade humanas” (2003, p. 19). Assim,

a distinção entre atos e fatos jurídicos só tem sentido na medida em que tome por base o modo como a ordem jurídica considera e valoriza determinado fato. Se a ordem jurídica toma em consideração o comportamento do homem em si mesmo, e, ao atribuir-lhe efeitos jurídicos, valoriza a consciência que, habitualmente, o acompanha, e a vontade que, normalmente, o determina, o fato deverá qualificar-se como ato jurídico. Mas deverá, pelo contrário, qualificar-se como fato, quando o direito tem em conta o fenômeno natural como tal, prescindindo da eventual concorrência da vontade: ou então quando ele considera, realmente, a ação do homem sobre a natureza exterior, mas, ao fazê-lo, não valora tanto o ato humano em si mesmo, quanto o resultado de fato que ele tem em vista: quer dizer, a modificação objetiva que ele provoca no estado de coisas preexistente. (2003, p. 20)

Mais uma vez, mostra-se necessário ressaltar que o contrato previsto no artigo 1725, do Código Civil, não cria a união estável, limitando-se à regulamentação das relações patrimoniais que poderão ou não ocorrer no curso do relacionamento, estando condicionada sua eficácia à real existência dos requisitos previstos no artigo 1723. De igual modo, não atribui ao concubinato natureza negocial, pois se destina à fixação de normas única e exclusivamente quanto a um de seus efeitos jurídicos: o patrimonial.

| 2. Requisitos

2.1 UNIÃO ESTÁVEL

Para o Concílio de Trento, no século XVI, que não forneceu uma definição de concubinato, pressupunham-se duas características principais para a sua configuração: a publicidade e a coabitação, aos quais acrescentaram as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia¹⁴¹ a continuidade nessas relações sexuais ilícitas, distinguindo-

141 O Concílio de Trento passou a ter a vigência dentro do território português pela Lei de 08.04.1569, baixada pelo Rei D. Sebastião. Pelo Decreto de 03.11.1827, passaram a ser observados o Concílio de Trento e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia em solo brasileiro independente.



-se, portanto, o concubinato do que se chamava de “incontinência”, isto é, a fornicação ocasional e com parceiros diferentes.

Ao final do século XVIII, a coabitação e a publicidade deixaram de ser as principais características do concubinato na visão eclesiástica¹⁴², assumindo a continuidade das relações ilícitas o papel de destaque.

Para o Estado, todavia, a configuração do concubinato exigia a coabitação, abrangendo o conceito apenas aquelas pessoas que viviam juntas, como se casadas fossem, sob o mesmo teto.

Assim, para a legislação laica, apenas se configurava o crime de concubinato se o casal vivesse sob o mesmo teto, ao contrário do que ocorria para o direito canônico que apenas levava em consideração a reiteração das relações sexuais.

Discriminalizada a conduta com o advento da Lei de 26.09.1769, pouco interesse havia na conceituação legal do concubinato, o que só veio a ocorrer novamente com a Lei 8.971/94 que estabeleceu os parâmetros da nova entidade familiar criada pela Constituição Federal de 1988.

Atualmente, como já ressaltado, a união estável é definida no artigo 1723, do Código Civil, que prevê: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Com base nesse enunciado e com uma ou outra divergência, a doutrina reconhece os seguintes requisitos como necessários à sua configuração: a) pressupostos subjetivos: convivência *more uxorio* e *affectio maritalis*; b) pressupostos objetivos: diversidade e sexos, notoriedade, estabilidade ou duração prolongada, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica¹⁴³.

142 Na época, concubinato para a Igreja englobava também o adultério e as relações sexuais esporádicas fora do casamento, mas excluía o relacionamento entre o senhor e suas escravas, pois apenas se consideravam relacionamentos em que ambos fossem livres ou escravos (SILVA, 1984, p. 40-45).

143 A divisão realizada por Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 538-549) mostra-se bastante completa, sendo conveniente a sua adoção. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 149) apresenta como requisitos objetivos: diversidade de sexos, ausência de impedimentos matrimoniais, comunhão de vida, lapso temporal de convivência; e como requisitos subjetivos: convivência *more uxorio* e *affectio maritalis* (ânimo de constituir família). Marco Aurélio Viana (1999, p. 24-27) fala em diversidade de sexos, convivência notória, estabilidade, intenção de constituir família, comunidade de vida, fidelidade e vontade (*affectio maritalis*).



Antes de mais nada, deve-se observar que uma das principais características da união estável é a ausência de formalismo, diferente do que ocorre com o casamento, ato essencialmente solene.

Acrescente-se que, ao contrário do que muitas pessoas pensam, a união estável não se forma com a redação de um contrato¹⁴⁴, nem com a lavratura de uma escritura pública declaratória, que apenas prova que duas pessoas compareceram perante um tabelião e declararam conviver. Se isso é verídico ou não, cuida-se de questão de prova.

Ao comentar sobre o tema, Rolf Madaleno (2004b, p. 167) aduz que eventual contrato ou escritura pública declaratória só terá o condão de vincular os conviventes, não sendo oponível a terceiros, consoante inclusive o artigo 219, do Código Civil, pois contém uma presunção relativa. Ressalta que as obrigações e direitos assumidos em contratos de convivência estão

condicionados à real existência da união estável, desse casamento dito informal, mas que deve ser reconhecido não pela caneta dos signatários quando firmam a escritura pública de convivência, mas sim, pela ocorrência dos pressupostos estipulados na lei, particularmente do artigo 1723 do Código Civil vigente, cujo dispositivo derogou o artigo 5º da Lei nº 9.278/96. Mostrando os fatos, que a união estável não se constitui pelo contrato e sim pela configuração da convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Até mesmo para evitar que isso ocorresse, criando-se um verdadeiro casamento de segundo grau, vetaram-se os artigos 3º, 4º e 6º, da Lei 9.278/96¹⁴⁵, permitindo-se aos

144 De forma discordante, Francisco Pizzolante (1999, p. 87) afirma que a Lei 9.278/96 tinha caráter eminentemente contratual, pois a existência de ajuste expresso supriria eventual necessidade de qualquer dilação probatória para o estabelecimento dos termos inicial e final do relacionamento.

145 Artigo 3º Os conviventes poderão, por meio de contrato escrito, regular seus direitos e deveres, observados os preceitos desta Lei, as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direitos. Artigo 4º Para valer contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser averbado no competente Cartório de Registro Civil. Artigo 6º A união estável dissolver-se-á por vontade das partes, morte de um dos conviventes, rescisão ou denúncia do contrato por um dos conviventes. § 1º Pela vontade das partes os conviventes põem termo à união estável, amigavelmente e por escrito, valendo entre os mesmos o que for estipulado no acordo, desde que não contrarie o estatuído nesta Lei. § 2º Havendo contrato escrito averbado em Cartório, qualquer dos conviventes deverá requerer a averbação do acordo de dissolução da união estável. § 3º Ocorre a rescisão quando houver ruptura da união estável por quebra dos deveres constantes desta Lei e do contrato escrito, se houver. As razões do veto estão assim declinadas: "Em primeiro lugar, o texto é vago em vários de seus artigos e não corrige as eventuais falhas da Lei n. 8.971. Por outro lado, a amplitude que se dá ao contrato de criação da união estável importa admitir



companheiros que dispusessem contratualmente apenas sobre o patrimônio, como se pode observar do art. 5º.

2.1.1 PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS

A) CONVIVÊNCIA MORE UXORIO

De acordo com Adahyl Lourenço Dias (1975, p. 40), manter uma convivência *more uxorio* implica “aparecer ao público com os sinais exteriores de pessoas regularmente casadas”. Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 540) acrescenta que “envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar”.

Embora não esteja explícita no artigo 1723, do Código Civil, é requisito essencial, desde há muito exigido pela doutrina e pela jurisprudência, ainda que não implique necessariamente a coabitação, já afastada na década de 60 do século passado, com a elaboração da Súmula 382/STF, segundo a qual “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato¹⁴⁶”.

Ainda que tal situação seja a exceção, é plenamente possível que pessoas mantenham uma união estável, cada qual em sua casa, desde que interna e externamente se comportem como companheiras, repartindo interesses e problemas comuns e mantendo comunidade de vida.

um verdadeiro casamento de segundo grau, quando não era esta a intenção do legislador, que pretendia apenas garantir determinados efeitos *a posteriori* a determinadas situações nas quais tinha havido formação de uma entidade familiar. Acresce que o regime contratual e as presunções constantes do projeto não mantiveram algumas das condicionantes que constavam do projeto inicial. Assim sendo, não se justifica a introdução da união estável contratual nos termos do art. 3º, justificando-se pois o veto em relação ao mesmo e, em decorrência, também no tocante aos arts. 4º e 6º. Todavia, tendo em vista o entendimento pleno do disposto no art. 226, parágrafo terceiro, da Constituição, deverá o Executivo oferecer dentro de 90 dias, a sua contribuição ao aprimoramento da lei ora sancionada”.

146 Há quem defenda a inaplicabilidade da Súmula 382/STF, afirmando que essa tratava de concubinato e não de união estável (TJRS, Ap. 70.000.339.168, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Brasil Santos, julgada em 01.03.2000; TJRS, El 70.003.119.187, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Vasconcellos Chaves, julgados em 12.04.2002). Essa posição, contudo, não parece guardar relação com o melhor espírito de interpretação, pois não há sentido em diferenciar concubinato e união estável, quando as situações amparadas pela Súmula em questão se referiam a casais que conviviam informalmente nas exatas condições do artigo 1723, do Código Civil de 2002.



Por outro lado, contingências da vida moderna podem obrigá-las a viver em cidades diferentes, como no caso de indivíduos que precisam trabalhar em outro local ou que se afastam do lar comum para a realização de mestrados ou doutorados. Em tais hipóteses, todavia, não há *animus* de abandono, preservando-se os laços afetivos em que se assenta a união.

A manutenção de relações sexuais¹⁴⁷, embora se presuma entre duas pessoas que externem afeto e vivam em união estável, também não é essencial nem necessária, pois, muitas vezes, isso não será possível por circunstâncias alheias à própria vontade dos indivíduos, como a idade e a saúde, sem que sejam descaracterizados os demais requisitos à configuração do concubinato. Em verdade, a união estável transcende a própria comunidade de leito.

A ausência de convivência sob o mesmo teto, contudo, pode dificultar a prova da união estável e até mesmo a fixação do exato momento em que um namoro se tornou companheirismo, mas não será suficiente para desconfigurá-la.

B) AFFECTIO MARITALIS OU OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Além de afeto, imprescindível que os companheiros tenham o *animus* de constituir uma família, não sendo necessário para tanto a existência de filhos, pois a família também é formada pelo casal que não deseja prole ou que, por um motivo ou outro, não pode tê-la.

Diferente do casamento que pode existir sem o afeto e o desejo comum de constituir família, a união estável não sobrevive sem a *affectio maritalis*, requisito que deve estar sempre presente ao longo de todo o relacionamento, sendo necessário que os companheiros efetivamente estabeleçam comunhão de vida.

Esse requisito é imprescindível a sua existência. Sem ele, poderá haver um namoro, um noivado e até mesmo o que se pode chamar de “namoro qualificado”, “relação amorosa adulta, madura, consciente, em que o par voluntariamente opta por não assumir nenhum compromisso um com o outro, apesar da publicidade da relação, e mesmo da continuidade” (COSTA, M., 2007, p. 201-213), mas não concubinato.

147 Philippe Malaurie afirma que as relações em uma união livre são necessariamente carnisais, pois, ao contrário do casamento, não se poderia admitir um concubinato branco (*concubinage blanc*). Aduz que, ao lado da comunidade de vida, as relações carnisais constituem elemento objetivo do concubinato (1975, p. 22).



2.1.2 PRESSUPOSTOS OBJETIVOS

A) DIVERSIDADE DE SEXOS

Em razão de sua semelhança com o casamento, da própria dicção do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal e da evolução histórica do instituto, a união estável tradicionalmente só ocorre entre pessoas de sexos diferentes.

Essa assertiva, contudo, foi colocada em xeque, em razão de sensível movimento doutrinário e jurisprudencial para a aceitação da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com fundamento no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, pois o principal fator de formação familiar seria a afetividade, que independe de orientação sexual¹⁴⁸.

Esse posicionamento, contudo, não era absoluto. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios possui precedentes contrários à caracterização do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo como união estável, negando inclusive competência às Varas de Família para tratar de demandas para divisão de patrimônio¹⁴⁹, pois não haveria entidade familiar constitucionalmente reconhecida.

Adotando entendimento diverso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aduzia que a Constituição Federal não veda o reconhecimento de uniões homoafetivas como uniões estáveis, razão pela qual não se poderia deixar de tratar de tais relacionamentos no âmbito do direito de família, mormente quando gerariam repercussões jurídicas idênticas às das uniões heterossexuais¹⁵⁰.

A esse respeito, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 175-179) que a Constituição Federal não alçou ao *status* de entidade familiar todas as uniões sociologicamente reconhecidas, tal como ocorre com o relacionamento marital entre um pai e uma filha ou com uniões poligâmicas. Do mesmo modo, não o fez com as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Por ter o texto constitucional adotado como paradigma implícito o casamento, apenas poderiam ser reconhecidas como uniões está-

148 Posicionando-se de forma favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas como estáveis: Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 65/71). De forma contrária: Zeno Veloso (2003, p. 118).

149 CCP 2007.00.2.010432-3, Registro 291471, Rel. Des. Diva Lucy Ibiapina, DJU 31.01.2008; CCP 2005.00.2.005457-7, Registro 233688, Rel. Des. Sandra de Santis, DJU 15.12.2005.

150 Apelação Cível 70021637145, rel. Des. Rui Portanova, DJ 11.01.2008; Apelação Cível 70021085691, rel. Des. Rui Portanova, DJ 11.10.2007; Apelação Cível 70016239949, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 20.12.2006, entre outros.



veis os relacionamentos que potencial e abstratamente pudessem ser convertidos em casamento, como incentiva o artigo 226, § 3º.

Essa conclusão, contudo, embora reflita o pensamento pessoal da autora, haja vista que a Constituição Federal é muito clara em estabelecer que a união estável se dá entre homem e mulher (art. 226, § 3º), não encontra mais respaldo na atualidade, em razão do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, em que se concluiu pela possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Dois anos depois, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175/2013, em que veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁵¹.

B) NOTORIEDADE/PUBLICIDADE

A notoriedade, por sua vez, não quer dizer publicidade absoluta, pois a vida íntima dos companheiros deve ser preservada, admitindo-se uma relação discreta. Significa que o relacionamento não poderá ser clandestino, secreto, como usualmente ocorre nos concubinatos impuros. Implica que o casal aja em seu ambiente social como se casado fosse, transmitindo à sociedade a aparência de vida comum, com moral e respeito.

Essa característica está associada ao tratamento dado ao casal pela família e pelas pessoas mais próximas, não sendo necessário que o conhecimento abranja toda a sociedade. Não é, portanto, a publicidade atribuída ao casamento que, como ato solene, é precedido de publicação de editais para conhecimento de todos e posterior registro público.

Suficiente para a configuração da união estável é que o relacionamento seja reconhecido no círculo social do casal, independentemente de registro, como pretendia a redação original da Lei 9.278/96.

151 Em que pese a Resolução do CNJ, mantém-se entendimento pessoal de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo deveria ser precedido de disposição legal própria, pois, ainda que a Constituição Federal não disponha que esse resulta da união entre homem e mulher, o Código Civil é repleto de previsões neste sentido (arts. 1514, 1517, 1565, 1567). Considera-se que o CNJ não tem competência para legislar sobre questões de direito civil (art. 22, I, da Constituição Federal).



C) ESTABILIDADE

Como o próprio nome diz, a união reconhecida constitucionalmente como entidade familiar deve ser estável. O relacionamento deve prolongar-se no tempo, ainda que o Código Civil não estabeleça um prazo mínimo como ocorria com a Lei 8.971/94.

A ausência de um marco legal temporal demanda que a existência da união estável e que a verificação da estabilidade seja realizada caso a caso, exigindo que o casal apresente provas concretas da vida em comum por um certo período.

Ainda que muitos festejem a revogação do artigo 1º da Lei 8.971/94, não parece desarrazoada a fixação legal de um prazo mínimo para que se considere estável a relação. Ora, a lei exige que a separação por mútuo consentimento só ocorra após um ano de casados, a fim de que os cônjuges possam realmente afirmar que há impossibilidade de manutenção da convivência. Nada impediria que o mesmo prazo fosse requisito da união estável, pois é duvidoso que um relacionamento possa ser considerado estável em prazo inferior.

Na ausência de fixação legal, fica a cargo do magistrado a tarefa de estabelecer quando haverá estabilidade. Pode-se afirmar que um relacionamento de um, dois ou três meses seja estável? Passou ele pelas dúvidas e dificuldades necessárias para forjar uma união sólida? Serão seis ou oito meses suficientes? A inexistência de um mínimo de orientação legal deixa à análise do caso concreto a resposta de tais questões.

Por outro lado, seria viável considerar-se estável um relacionamento repleto de idas e vindas, em que os conviventes nele persistam por vários anos, mas sem o real amadurecimento de ambos como casal? A melhor resposta seria não. Não é apenas o decurso do tempo que produz a estabilidade, mas a qualidade da vida em comum criada pelos companheiros.

Assim, a fim de combinar ambos os aspectos expostos, seria bastante razoável que houvesse um prazo mínimo de um ano e a verificação concomitante do grau de comprometimento existente entre os companheiros, pois sem ele não se poderia falar em estabilidade, nem em união estável.



D) CONTINUIDADE

Exige o legislador que os companheiros tenham uma vida em comum de forma contínua, o que, contudo, não quer dizer que eventual rompimento do relacionamento com posterior retomada seja suficiente para descaracterizar a união estável. Como a união estável não se forma em um único ato como o casamento, a sua solidez depende da estabilidade e da continuidade da convivência *more uxorio*.

Em verdade, o que se busca com a exigência legal é afastar da esfera da união estável aqueles relacionamentos eventuais e esporádicos, bem como aqueles em que pelo constante “ata e desata” não se possa afirmar que espelhem uma verdadeira comunhão de vida, pois nem sequer se poderia falar em respeito mútuo.

Veja-se, por exemplo, a situação de um casal em que, por qualquer motivo, a mulher deixe o lar comum para se refugiar na casa de seus pais, lá permanecendo por grandes intervalos de tempo até que o homem a busque ou que ela decida retornar por conta própria. Em tal hipótese, a constante ruptura da trama familiar não parece produzir a estabilidade inerente ao modelo familiar que a Constituição determina seja protegido.

Esse requisito deve ser analisado caso a caso, buscando-se descobrir se a quebra do convívio significou apenas um momentâneo desentendimento ou significativa ausência de continuidade, eis que é possível a extinção da união estável e sua retomada posteriormente como novo relacionamento entre as mesmas partes, sendo que, no período de afastamento, deixam de existir todos os requisitos que a lei impõe para a sua configuração.

A continuidade, portanto, não deixa de ser um aspecto da relação que contribuirá para gerar a estabilidade.

E) AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

O artigo 1723, § 1º, do Código Civil, determina que não será possível a constituição de uma união estável se presentes os impedimentos ao casamento previstos no artigo 1521, com exceção das hipóteses em que o relacionamento se estabeleça entre pessoas casadas, mas já separadas de fato ou judicialmente.

Isso significa que não haverá união estável entre ascendentes e descendentes, seja natural ou civil o parentesco; entre afins em linha reta; entre irmãos; entre co-



laterais até o terceiro grau inclusive; entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte, bem como entre pessoas casadas e não separadas, seja de fato ou judicialmente.

A *ratio* da norma encontra-se no próprio artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, uma vez que o texto constitucional pretende incentivar a conversão das uniões estáveis em casamentos. Assim, se os conviventes não têm legitimação para casar, não podem ter validamente uma união estável reconhecida, sob pena de violar o preceito constitucional.

Podem, contudo, formar uma união estável na presença de causas suspensivas do casamento, conforme artigo 1723, § 2º, eis que essas não afetam nem mesmo a validade ou a eficácia do matrimônio.

F) MONOGAMIA

O relacionamento monogâmico é da essência de nossa sociedade, punindo-se, no caso de matrimônios, como crime a bigamia (art. 235, do Código Penal) e não se reconhecendo uniões estáveis simultâneas, nem mesmo de forma putativa¹⁵², conforme já entendeu o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento unânime do REsp 789.293/RJ, em 16.02.2006, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito¹⁵³.

Implícita, portanto, é a fidelidade que cada um dos companheiros deve ao outro, inexistindo união estável se qualquer um deles é parte em um casamento (sem que

152 Defendendo a possibilidade de uniões estáveis putativas quando um dos companheiros esteja de boa-fé, nos mesmos moldes do casamento putativo: Zeno Veloso (2003, p. 126-127), Marco Aurélio S. Viana (1999, p. 90-91) e Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 48-49).

153 Afirmou o relator: "Quem convive simultaneamente com duas mulheres não tem relacionamento putativo para fins de união estável, pela só razão de que ou bem uma delas é de fato companheira e a outra o relacionamento não estável, embora longo no tempo, ou nenhuma delas é companheira e não reúnem condições apropriadas para reconhecer a união estável. (...) Ora, com o maior respeito à interpretação acolhida no acórdão, não exnergo possível admitir a prova de múltipla convivência com a mesma natureza de união estável, isto é, '*convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*'. O objetivo do reconhecimento da união estável e o reconhecimento de que essa união é entidade familiar, na minha concepção, não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob a capa de que haveria também uma união estável putativa. Seria, na verdade, reconhecer o impossível, ou seja, a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Isso levaria, necessariamente, à possibilidade absurda de se reconhecer entidades familiares múltiplas e concomitantes". Adotando o mesmo entendimento: REsp 1348458; REsp 789.293; AgRg no REsp 1.130.816; REsp 1.096.539; REsp 912.926; REsp 1.157.273. O Supremo Tribunal Federal submeteu ao julgamento em regime de repercussão geral o RE 656.298, a fim de decidir sobre a possibilidade de uma união estável homoafetiva simultânea a uma união heteroafetiva. Aguarde-se, portanto, esse julgamento. Admitindo união estável putativa, em concomitância com casamento ou outra união estável: Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 168-170).



haja separação de fato ou judicial) ou em outra união estável, pois, nessas hipóteses, não se pode falar em intenção de constituir família, nem em estabilidade do relacionamento e muito menos em real comunhão de vida.

Como ressalta Antônio Carlos Mathias Coltro (1996), a união estável é integrada pela moralidade que deve ser observada tanto quanto no casamento, repudiando-se as uniões múltiplas e simultâneas, às quais, quando muito, se reconhecerá o direito de partilhar eventual patrimônio adquirido, não com base no direito de família, mas em razão do princípio que veda o enriquecimento sem causa e desde que tenha havido comprovado esforço comum econômico para sua aquisição.

José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 11-12) considera que a unicidade do vínculo está implícita no objetivo de constituição de família, “pois o ordenamento não admite que alguém constitua mais de uma família ao mesmo tempo”.

Em que pese, contudo, a exigência de monogamia, não desconfigura necessariamente a união estável uma conduta infiel de quaisquer dos conviventes. É imprescindível que se analise se essa atitude pôs fim ao desejo de constituir família ou abalou a estabilidade do relacionamento.

É possível que haja um concubinato puro simultâneo a um concubinato impuro na hipótese de um dos conviventes manter uma união estável, mas também um relacionamento paralelo com outra pessoa, formando um triângulo amoroso. É inviável, todavia, que ambos os relacionamentos constituam união estável.

Observa-se, portanto, que a exigência de fidelidade está calcada na impossibilidade de configuração de várias uniões concomitantes, razão pela qual melhor que se exija monogamia como requisito da união estável e não fidelidade.

Como ressalta Ana Elizabeth Cavalcanti (2004, p. 118), “a fidelidade não deve ser considerada como elemento configurador da união estável, mas sim como conseqüência do respeito que deve existir entre os companheiros, como direito e dever recíproco da união”.



2.2 CASAMENTO

Como já se viu anteriormente, o casamento era responsável, até a Constituição Federal de 1988, pela formação da família legítima, qualificação que não mais faz sentido, após o reconhecimento da união estável e do núcleo monoparental como entidades familiares. O casamento, contudo, continua a ser o único ato formal de criação da família.

Ao tratar dos pressupostos e requisitos do casamento, Orlando Gomes fala em condições necessárias à existência jurídica, à validade e à regularidade.

No tocante às primeiras, convém observar que, embora seja entendimento majoritário, nem toda a doutrina aceita a necessidade de se estabelecer requisitos para a existência do ato, além de haver divergência sobre quais seriam esses.

Essa posição doutrinária, criada pelo jurista alemão Zachariae von Lingenthal, em vista do direito francês e fundada na máxima *pas de nullité sans texte en matière de mariage*, surgiu para abarcar hipóteses não previstas no Código Civil Napoleônico quando se tratasse de nulidade de casamento.

Questiona-se tal doutrina porque se o ato não existiu, nada aconteceu e não haveria o que se discutir. Ressaltam Lamartine Corrêa e Francisco Muniz (2002, p. 210-211), todavia, que não se cuida de inexistência material, mas de inexistência jurídica, ou seja, embora o ato tenha sido praticado, ele não corresponde ao negócio jurídico desejado ou a nenhum outro.

Nesse sentido, lição de Rui de Alarcão (1971, p. 34):

pode também, e sobretudo, acontecer que *os factos ocorridos e aos quais se apega quem invoca o negócio não correspondam ao conceito do mesmo negócio, nem aliás ao de qualquer outro*. Faltará então nessa factualidade algo que faz com que seja «inconcebível o negócio», que «impede a identificação do negócio», que leva a qualificar aquela *facti species* como um «não-negócio». Pense-se no exemplo, tornado clássico, do «casamento» entre duas pessoas do mesmo sexo.

É para esta última categoria de hipóteses que tem verdadeiro sentido falar de *inexistência do negócio* ou de *negócio inexistente*.



Aceitando-se tal teoria, seriam condições de existência do casamento a diversidade de sexos, o consentimento dos nubentes e a celebração do casamento por autoridade competente.

Há, contudo, quem entenda que apenas a diversidade de sexo e a celebração podem ser incluídas como requisitos de existência, pois o consentimento já estaria necessariamente absorvido pela celebração e então quaisquer dos vícios a ele referentes seriam tratados nas categorias de nulidade ou anulabilidade. Outros reconhecem apenas a celebração, aduzindo que a identidade de sexos implicaria nulidade do casamento¹⁵⁴.

Considerando-se todos os três elementos, o primeiro deles, a diversidade de sexo, não mais se justifica em face do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e com a Resolução 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, de duvidosa constitucionalidade em face do artigo 22, I, da Constituição Federal.

No tocante ao consentimento, muito já se falou sobre ele no item 1 deste Capítulo, sendo suficiente reiterar que a declaração de vontade dos cônjuges é absolutamente essencial ao casamento, ainda que, em se tratando de requisito de existência, a doutrina considere apenas as hipóteses de casamento realizado se um dos nubentes disse não, ao invés de sim, em que nada foi afirmado ou que outra pessoa tenha pelo nubente respondido. São os casos, ainda, de *vis absoluta*, em que a força física é utilizada para obrigar alguém a manifestar o seu consentimento, como na hipótese de um terceiro obrigar por meio físico o noivo ou a noiva a balançar a cabeça em sinal de assentimento.

O último pressuposto de existência é a necessidade de celebração perante autoridade competente, o que significa que essa deve possuir atribuição funcional e legal para celebrar casamentos, ou seja, a incompetência material implicará inexistência do matrimônio¹⁵⁵, enquanto a incompetência territorial resultará apenas na possibilidade de anulação do ato, consoante artigo 1550, V, do Código Civil.

154 A esse respeito, conferir as notas em José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (2002, p. 213).

155 Única exceção é a hipótese prevista no artigo 1554, que celebra a teoria da aparência e dá relevo à boa-fé dos nubentes. Orlando Gomes afirma que só inexistirá o casamento celebrado por quem falsamente se apresente como autoridade judiciária e não no caso de juiz incompetente (1994, p. 70). Em sentido contrário: José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (2002, p. 219-220) e Antonio Carlos Mathias Coltro et al. (2005, p. 240).



Como condições de validade, Orlando Gomes reproduz as lições de Planiol e Ripert (1952, 82-110), afirmando que seriam condições necessárias à validade do casamento: a puberdade, a potência e a sanidade (condições de aptidão física); a capacidade natural e o consentimento íntegro (condições de aptidão intelectual); grau de parentesco e existência de vínculo matrimonial válido (condições de ordem moral e social).

Em verdade, tais requisitos enquadram-se na ausência de impedimentos e causas de anulabilidade, uma vez que se exige idade núbil (puberdade – art. 1550, I), a inexistência de defeito físico (potência) que torne impossível a manutenção de relações sexuais (art. 1557, III), a ausência de enfermidade mental (do contrário, o casamento poderá ser nulo – art. 1548, I – ou anulável – art. 1550, IV) (sanidade), ausência de vício de consentimento (art. 1550, III), ausência de vínculo de parentesco proibido pelo artigo 1521, I a V, inexistência de bigamia (art. 1521, VI).

O único que não está previsto como impedimento ou causa de anulação é a capacidade natural exigida para a prática de qualquer negócio jurídico, sendo possível a assistência em caso de menores de 18 anos e maiores de 16 anos e dos interditados parcialmente, dependendo da extensão da limitação.

Além de tais requisitos, o casamento ainda poderá ser considerado nulo no caso de união do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o consorte (art. 1521, VII) e anulável quando o menor púbere não receber autorização de seu assistente (art. 1550, II), houver revogação de procuração (art. 1550, V) ou por incompetência relativa da autoridade celebrante (art. 1550, VI).

Quanto às condições de regularidade, essas implicam ausência de causas suspensivas, previstas no artigo 1523, sendo que a celebração na presença de uma delas não afeta a validade e a eficácia do casamento, acarretando apenas a adoção compulsória do regime da separação de bens (art. 1641, I).

Em resumo, para que haja um casamento existente juridicamente, válido e eficaz é necessário que um homem e uma mulher, capazes e em idade núbil, manifestem expressamente sua vontade livre de receber um ao outro em matrimônio perante a autoridade, incumbida legalmente de celebrar casamentos, observadas as formalidades legais para tanto e desde que não estejam presentes impedimento ou causas de anulabilidade (eventual vício produzido por essas últimas poderá ser afastado após o transcurso do prazo decadencial).



2.3 ANÁLISE COMPARATIVA

Vistos os requisitos tanto da união estável quanto do casamento, não existem fundamentos suficientes para a equiparação absoluta, pois, ainda que os institutos se assemelhem em alguns pontos, principalmente no que tange ao fato de originarem entidades familiares e de merecerem a proteção estatal, muitos são os pontos de divergência.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 153) afirma que o companheirismo apresenta como características o objetivo de constituir família, a estabilidade, a unicidade do vínculo, a notoriedade, a continuidade e a ausência de formalismo, sendo que apenas os três primeiros seriam comuns ao casamento.

Não lhe assiste razão. O casamento pode muito bem ocorrer sem que os nubentes tenham qualquer intenção de formar uma família e na ausência absoluta de afeto. Sua vontade pode estar amparada em um objetivo econômico, político ou de obtenção de poder, como ocorria na Idade Média. Em todas essas circunstâncias, o casamento não deixará de existir, ter validade e produzir efeitos, independentemente de haver ou não afeto entre os cônjuges ou a pretensão de formar uma família.

Nesse particular, já afirmou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento do REsp 789.293/RJ, em 16.02.2006, que se dispensa a prova da convivência marital no casamento, pois o que “dá o tônus ao reconhecimento de efeitos é a existência do ato formal”. No tocante à união estável, “é necessário provar a convivência com vocação de permanência, isto é, aquela em que se pretende constituir família, fazendo a vida como se marido e mulher fossem sob o regime do casamento formal”.

Por outro lado, não se exige estabilidade, nem continuidade do relacionamento matrimonial. O casamento está perfeito e acabado com a sua celebração, independentemente de consumação ou convivência. Assim, os cônjuges podem ficar afastados por dez anos e, em seguida retomar o relacionamento, sem que o vínculo se tenha desfeito¹⁵⁶, ao contrário do que ocorreria na união estável.

156 Deve-se observar, contudo, que a ruptura fática do relacionamento marital implica “suspensão” informal do regime de bens, pois a jurisprudência tem subtraído de seus efeitos os bens adquiridos durante a separação de fato, sob pena de violação do princípio do não-enriquecimento sem causa, ainda que essa orientação não seja legalmente sancionada (precedentes provenientes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 362.743/PB, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 21.09.2004; REsp 140.694/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 15.12.1997; REsp 127.077/ES, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 10.11.1997; REsp 60.820/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 14.08.1995; precedentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: APC 2005.01.1.062893-



É desnecessária, ainda, a convivência *more uxorio*, pois os cônjuges podem agir até mesmo como solteiros e se tratar de um casamento “secreto” e, ainda assim, serão aplicadas as conseqüências próprias do matrimônio.

Em se tratando de união estável, isso não ocorre, pois a sua própria existência depende da manutenção intacta desse vínculo estável, contínuo e duradouro, sem o qual haverá mero relacionamento informal e não entidade familiar.

Acrescente-se que o casamento, em razão de sua solenidade, exige a participação direta do Estado. A união estável, por sua vez, nasce e morre à revelia do Estado, pois sua intervenção só será necessária quando houver desacordo entre os participantes ou quando terceiro questionar sua existência.

Convém observar, ainda, que a informalidade dos concubinatos impede que várias regras do casamento sejam a eles aplicadas, tais como a necessidade de consentimento do cônjuge para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários (art. 10, do CPC) ou para praticar os atos previstos no artigo 1647, do Código Civil e a presunção de paternidade decorrente do matrimônio (art. 1597, do Código Civil)¹⁵⁷.

Assim, assiste razão a Jean-Louis Renchon (2005, p. 16) quando afirma que “apesar das consideráveis evoluções já iniciadas, a instituição do casamento constitui ainda uma figura jurídica radicalmente diferente do casal não casado”¹⁵⁸.

2, Rel. Des. Natanael Caetano, DJU 20.10.2008; APC 2007.07.1.014749-4, Rel. Des. Vera Andrighi, DJU 15.09.2008; APC 2005.04.1.005235-0, Rel. Des. Otávio Augusto, DJU 24.05.2007, entre outros).

157 O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.194.059, entendeu que haveria presunção de paternidade decorrente da união estável, mas essa necessitaria de prévio “reconhecimento” judicial para tanto, o que a torna inócua em muitas situações, como ocorreria no momento de registro de filho pela genitora que não poderia alegar a existência da união estável, eis que não teria como prová-la, caso ainda não houve reconhecimento judicial.

158 No original: “malgré les évolutions considérable qui se sont amorcées, l'institution du mariage constitue encore une figure juridique radicalement différente du couple non marié”.



Capítulo III

UNIÃO ESTÁVEL, CASAMENTO E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA LIBERDADE, DA AUTONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

| 1. Considerações iniciais

No começo deste trabalho, discutiram-se as razões históricas, econômicas e sociais pelas quais as pessoas optariam por manter um relacionamento extramatrimonial estável. Deve-se observar, contudo, que a principal delas nos dias atuais parece ser o desejo de mais liberdade; a vontade de não estar preso ao compromisso inerente à palavra casamento, decorrente da ilusão (ao menos dentro do regramento infraconstitucional hoje existente) de que a qualquer momento se pode pôr fim ao relacionamento sem as conseqüências próprias da dissolução do matrimônio.

Por tudo que já foi visto até agora, laboram realmente em ilusão aqueles que assim pensam. De fato, o afã do Estado em proteger os companheiros culminou em afastar qualquer liberdade de escolha que se possa ter quanto às regras do casamento, uma vez que a legislação existente teima em aproximar cada vez mais os dois institutos, parecendo dar razão aos doutrinadores que conclamam a equiparação absoluta.

A atitude do legislador ordinário, todavia, afasta-se cada vez mais da determinação contida no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, ferindo não só o princípio da liberdade, como também o da igualdade, pois a simples leitura do dispositivo permite que se conclua que não foi intenção do constituinte atribuir às uniões estáveis o *status* de casamento, ao contrário do que se tem em outros ordenamentos jurídicos, como na Guatemala¹⁵⁹.

A nossa Constituição Federal poderia ter enveredado por tal caminho, mas, por uma opção política que tem por base o respeito à liberdade do indivíduo, decidiu que,

159 Art. 173 do Código Civil: Se equiparan al matrimonio la unión de hecho que haya durado tres años, y que aja sido instaurada por personas sin impedimentos legales para contraerlo, y exige que la ley civil lo regule.



embora se reconheça a família fundada na união estável, sendo essa merecedora de total proteção do Estado, enquanto entidade familiar, ainda há uma nítida preferência pelo casamento, instituto que garante segurança jurídica aos seus integrantes, devendo, portanto, a legislação ordinária facilitar àqueles que vivem informalmente a obtenção de um *status* jurídico mais seguro.

Ao contrário do que alguns autores afirmam, a Constituição Federal, como reflexo da sociedade civil, estabeleceu quais as organizações familiares que considera mais adequadas à ordem social e, dentre essas, quais gozariam de preferência. Essa escolha reflete a ampliação da proteção estatal às crianças e adolescentes, afastando-se a idéia de que os benefícios da filiação só poderiam ser concedidos aos filhos legítimos, ou seja, à prole oriunda da relação matrimonial.

É certo, contudo, que, do ponto de vista sócio-jurídico, o casamento encontra-se mais bem estruturado e confere maior segurança aos seus membros, contando com um estatuto jurídico de contornos precisos, facilitando a organização familiar e sua proteção pelo Estado. Não se pode, entretanto, concordar com aqueles (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 130-131) que afirmam que seja o melhor modelo para a formação da prole, uma vez que a mera segurança jurídica atribuída às relações matrimoniais não é suficiente para a formação de um ambiente saudável para a educação dos filhos. Esse independe da relação mantida entre os pais.

De qualquer modo, por ser um ato formal, sabe-se exatamente quais são suas limitações temporais, sendo mais fácil sua prova e seu reconhecimento por terceiros e pelo próprio Estado, o que não ocorre com as uniões estáveis, que carregam em sua própria informalidade o traço absoluto da insegurança, principalmente em suas relações externas.

Inúmeras são as ações em que um casal busca uma sentença, em procedimento declaratório de jurisdição voluntária, de reconhecimento da existência da união estável a fim de que seja feita prova desse fato perante terceiros, em geral o próprio Estado, pois, diante das inúmeras fraudes existentes, não mais se aceitam escrituras públicas declaratórias em que os companheiros afirmem a convivência *more uxorio*. Tais problemas não existiriam se essas pessoas fossem casadas. Como não o são, sofrem as conseqüências da informalidade do relacionamento que mantêm.



A fim de afastar essas dificuldades, o constituinte determinou ao legislador ordinário que criasse meios para que as pessoas nessas circunstâncias pudessem obter segurança jurídica. Note-se que não há imposição estatal, apenas desejo de que assim o seja. Se, entretanto, não for da vontade dos companheiros converter a união estável em casamento, o Estado deve, em nome do pluralismo e do respeito à liberdade individual, promover a proteção desse relacionamento no âmbito do Direito de Família, como entidade familiar que é.

Esse amparo, todavia, não pode ser obtido pela atribuição do estatuto jurídico matrimonial aos conviventes, sob pena de violação aos princípios da igualdade, liberdade e autonomia privada.

Feita essa assertiva, convém lembrar que nem todos pensam dessa forma. Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 43) considera que a interpretação contrária à equiparação absoluta viola esses princípios, uma vez que ela seria decorrência natural do pluralismo recepcionado pelo texto constitucional, bem como “concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana”, eis que cada um tem a “liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial”, sendo vedado ao legislador definir qual seria a forma mais adequada.

Embora se concorde com a premissa básica de liberdade de escolha, não se pode aceitar a conclusão. Adotar o entendimento esposado pelo referido doutrinador é dizer que a única forma de proteção de uma entidade familiar é por meio do casamento. Significa que apenas as regras matrimoniais são boas e que quaisquer outras seriam inferiores. Implica retornar ao tempo em que a única família legitimamente reconhecida era aquela fundada no casamento, desfazendo-se todas as conquistas constitucionais de 1988 no âmbito do direito de família.

Defender uma equiparação absoluta é o mesmo que abraçar o preconceito, pois não se aceita que os institutos se destinam a atender a situações diferentes que merecem regramento próprio às suas peculiaridades. Por outro lado, eventuais dificuldades encontradas por aqueles que vivem em uniões estáveis decorrentes da informalidade do relacionamento devem ser suportadas como parte da responsabilidade que todos nós temos quanto às escolhas que são feitas na vida. Essa responsabilidade é inerente ao exercício do direito de liberdade, pois se um povo deseja poder realizar escolhas, deve estar pronto para arcar com as conseqüências de suas opções.



Acrescente-se que essa interpretação não conflita em realidade com posterior afirmação do Prof. Paulo Lôbo (2002, p. 46)

a proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana

A interpretação que aqui se advoga é aquela em que a entidade familiar formada a partir de uniões estáveis seja protegida pelo Estado, mas se respeitando a vontade daqueles que a integram e que não optaram pelo casamento. Apenas dessa forma é que se poderá assegurar a esses indivíduos verdadeira dignidade, consistente no respeito às escolhas por eles realizadas.

Adotando as razões aqui esposadas, a Scottish Law Commission (CLIVE, 1994, p. 181) emitiu parecer no sentido de que os direitos de ocupação de propriedade entre cônjuges não fossem estendidos aos conviventes, pois

uma das razões pela qual alguns casais não casados não escolhem o casamento é o desejo de manter a liberdade e outras vantagens associadas ao estado civil de solteiro. Eles não desejam, por exemplo, ser submetidos aos poderes das cortes quanto a questões de propriedade no divórcio. **Se essa suposição é correta, então é defensável que se mostra indevidamente paternalista e inapropriado que o Estado decida o que é melhor e impinja os obstáculos da legislação de propriedade marital a eles.**¹⁶⁰. (grifo nosso)

160 No original: "one of the reasons why some unmarried cohabiting couples do not enter into marriage is that they wish to retain the freedom and other advantages associated with single status. They may not want, for example, to be subject to powers of the courts to adjust property rights on divorce. **If this assumption is correct, then arguably it is unduly paternalistic and inappropriate for the state to claim that it knows better and to foist the trammels of marital property law on them**". (grifo nosso) Esse, contudo, não é o pensamento do autor, para quem o casamento não é um conceito legal necessário, além de prescindir de efeitos legais, sejam pessoais ou patrimoniais.



Ademais, como afirmado pelo próprio Prof. Paulo Lôbo, “a discriminação é apenas admitida quando expressamente prevista na Constituição. Se ela não discrimina, o intérprete ou o legislador infraconstitucional não o podem fazer”.

Ora, o texto constitucional não discrimina de modo teleológico a união estável, pois a reconhece como forma legítima de formação de uma família. Opta, contudo, por considerar que, na proteção dos direitos individuais do casal, o casamento é o instituto que melhor os assegura, razão pela qual se deve promover a conversão das uniões estáveis em matrimônio, caso assim desejem os conviventes.

Na esteira de tal pensamento, o passo seguinte neste trabalho se destina a situar, a partir das questões levantadas nos itens anteriores pertinentes às características distintivas dos institutos do casamento e da união estável, a sua posição relativa frente aos princípios da igualdade e da liberdade, principalmente no aspecto relativo à autonomia da vontade.

| 2. Liberdade

Quando se fala em liberdade, pode-se estar falando sobre uma liberdade natural (de fazer aquilo que se deseja), uma liberdade jurídica (fazer o que não é proibido ou ordenado por lei) e até mesmo de livre arbítrio (faculdade de escolha).

Dworkin (2002, p. 125-126) afirma que normalmente se utiliza a palavra liberdade em seu sentido normativo para indicar as formas pelas quais as pessoas acreditam que devem ser livres e igualdade para indicar os modos pelos quais se acredita que as pessoas devam ser iguais ou tratadas igualmente, como uma questão de justiça¹⁶¹. Assim, não se poderia conceber a liberdade (*liberty*) como uma licença para se fazer o que quiser, mas como um conjunto de direitos discretos a determinadas liberdades (*freedoms*)¹⁶².

161 Em contraposição ao que chama de “flat sense” que indicaria simplesmente a ausência de condições para a liberdade e identidade em determinados aspectos que se acredita serem desejáveis para a igualdade.

162 Observe-se que Dworkin faz uma diferença entre *liberty* como um ideal político e *freedom*, como direitos a liberdades dentro desse ideal. Exemplifica, afirmando que dentro do princípio da liberdade (*liberty*) existem direitos à liberdade de expressão (*freedom of speech*), à liberdade de consciência (*freedom of conscience*), à liberdade religiosa (*freedom of religion*) e à liberdade de escolher quanto a questões que toquem um ponto central ou que sejam essencialmente importantes na vida de uma pessoa, como emprego, organização familiar, privacidade sexual e tratamento médico (2002, p. 127).



Para Alexy (2007, p. 308-309, 313), liberdade negativa em sentido amplo é a liberdade de escolher entre alternativas de ação, que deverão ser afetadas o menos possível por mandatos e proibições, por uma coação externa, pois, de outro modo, se estaria excluindo a independência pessoal e uma personalidade auto-responsável. Admite-se a restrição da liberdade quando essa for necessária para o cuidado e promoção da convivência social dentro dos limites exigíveis na situação apresentada, mas sempre primando pela manutenção da independência do indivíduo.

Adverte, entretanto, que, embora para a criação e manutenção de uma situação total de liberdade, seja necessária a realização de sacrifícios devidamente justificados da liberdade, sempre há o perigo de que essas restrições não sejam reconhecidas ou justificadas simplesmente porque servem à segurança ou à criação de liberdades mais valorizadas de um mesmo indivíduo ou de outros (2007, p. 333).

Levando em consideração o conceito de liberdade declinado, a ser aprofundado adiante, e o que será discutido sobre a igualdade, mister inquirir, portanto, se uma equiparação entre união estável e casamento implicaria violação ou não de ambos os princípios e, em caso afirmativo, se haveria justificativa para tanto. É o que se fará a seguir.

| 3. *Igualdade e seu alcance jurídico*

Como afirma Dworkin (2002, p. 11), “igualdade é um popular mas misterioso ideal político”, o que faz com que seja necessário estipular qual a concepção de igualdade que se pretende seja a mais adequada para o presente estudo, pois certamente há uma diferença entre tratar as pessoas igualmente e tratá-las como iguais.

Há certamente um charme na primeira idéia, mas se se deseja tratar efetivamente as pessoas como iguais, imprescindível que seja feito um esforço para transformar suas vidas em igualmente atraentes ou fornecer a elas os meios para que assim seja¹⁶³.

Para Dworkin (2002, p. 128), então, o princípio da igualdade pode ser resumido na máxima: “o governo deve agir para fazer da vida de seus governados vidas melhores e deve demonstrar igual consideração pela vida de cada um¹⁶⁴”. Com essa finalidade,

163 Essa idéia será aprofundada a seguir no item 4.

164 No original: “government must act to make the lives of those it governs better lives, and it must show equal concern for the life of each”.



reconhece que a liberdade de escolha está no âmago da igualdade, promovendo sua conciliação com o princípio da liberdade (2002, p. 152).

As considerações feitas por Dworkin demonstram que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, mostra-se imprescindível a harmonização dos conceitos de liberdade e de igualdade. Não há mais espaço para a opção do Estado essencialmente liberal pela liberdade, nem do Estado social pela igualdade.

Não se pode admitir, portanto, que igualdade e liberdade limitem a possibilidade jurídica de cumprimento uma da outra, em uma “relação de precedência condicionada”, como seria necessário admitir, caso se adotasse a teoria da ponderação de princípios de Alexy (1999; 2005; 2007)¹⁶⁵.

Como ressalta Habermas (2003, p. 314-323), os princípios possuem um sentido deontológico, não são meros valores ou mandamentos de otimização (como afirma Alexy), que possam determinar relações de preferências, a serem verificadas por um sistema de ponderação. Como normas que são, exige-se que sejam interpretados de modo a formar um todo coerente e harmônico.

Ao se buscar a superação dessa dicotomia, investe-se na concepção de uma sociedade em que as pessoas se vejam como cidadãos livres e iguais¹⁶⁶, pois ambos os conceitos são necessários para que se defina a pessoa humana (BOBBIO, 2002, p. 7).

Bobbio (2002, p. 7) afirma que a liberdade indica um estado, ou seja, o homem para ser uma pessoa, enquanto indivíduo, deve ser livre. A igualdade¹⁶⁷, por sua vez, implica uma relação, pois o homem, enquanto ser social, deve estar, em respeito aos demais, sempre em uma relação de igualdade.

165 Alexy chama a atenção para o fato de que é especialmente importante o conflito entre direitos de liberdade e igualdade (1999, p. 71). Cf. a respeito o artigo A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy, de Letícia Balsamão Amorim.

166 Segundo Bobbio (2002, p. 8), “liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia. Entre as muitas definições possíveis de democracia, uma delas – a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores – é a definição segundo a qual a democracia é não tanto uma sociedade de livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal-limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência”.

167 Sobre a evolução histórica do princípio da igualdade, cf. TABORDA, 1998.



Pode-se relacionar ambos os conceitos, contudo, por meio da autonomia. A doutrina liberal atual (Dworkin, Rawls) pretende que a autonomia seja inerente à igualdade, como direito de que todas as pessoas sejam tratadas com igual consideração e respeito e possam desenvolver livremente seus projetos de vida, desde que, ao realizá-los, não cerceiem o plano dos demais.

Na esteira desse entendimento, argumenta Dworkin (2002, p. 154) que a igualdade não tem por objetivo fazer todas as vidas igualmente fáceis, pois as escolhas pessoais certamente farão algumas mais fáceis do que as outras¹⁶⁸.

Essa colocação pode bem ser aplicada à questão em discussão, pois não caberia o argumento de que um tratamento desigual entre união estável e casamento implicaria circunstâncias mais fáceis para aqueles que optam pelo matrimônio, pois é certo que as facilidades inerentes ao casamento (principalmente no âmbito da prova) decorrem do fato de que se trata de um instituto formal que promove a segurança jurídica dos envolvidos, enquanto que a simples convivência *more uxorio* acarreta dificuldade advinda da própria informalidade que é sua característica marcante.

Por outro lado, não se pode buscar uma igualdade que implique supressão da vontade individual em nome de um suposto valor maior.

Aduz Bobbio (2002, p. 16-17) que a igualdade é um fato e que duas serão as situações sociais em que surgirão questionamentos sobre ela: (a) quando houver uma discussão sobre atribuir vantagens ou desvantagens, direitos ou deveres a um determinado grupo de pessoas; (b) quando a discussão versar sobre equiparação de pessoas.

Interessa para o presente trabalho a segunda hipótese, que o autor classifica como uma discussão sobre justiça atributiva, sendo necessário estabelecer os critérios para que haja uma igualdade justa (ou uma desigualdade justa) ou uma igualdade injusta (ou uma desigualdade injusta).

168 Cláudio Petri Belmonte (1999, p. 163), em artigo sobre o alcance do princípio da igualdade como meio de controle de constitucionalidade de normas, observa que, embora seja função do legislador promover a igualdade material, esse não deve extrapolar “esse seu dever-poder, no sentido de buscar que *todos sejam iguais*, porque efetivamente não o são. E isso se dá porque em Estados Democráticos de Direito as pessoas, em tese, têm livre arbítrio de optar pelo estilo de vida que preferem (com mais ou menos estudo, mais ou menos esporte, mais ou menos saudável...) e devem assumir tal escolha. O legislador deve atuar na extinção de diferenciações surgidas em face de desigualdades sociais, financeiras, culturais, etc., enquanto originárias de um Estado Social que não atinge adequadamente seus fins; no entanto, quando for o caso das próprias pessoas serem desiguais por sua livre e espontânea vontade, entendemos que nenhum favorecimento destas mesmas deva haver”.



Para tanto, não é suficiente a regra de justiça, segundo a qual se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, pois, em verdade, seu conteúdo é apenas formal, já que não diz qual é o melhor tratamento.

Para Bobbio (2002, p. 24), a idéia de igualdade expressa na máxima *todos os homens são iguais* implica

que os homens devem ser considerados iguais e tratados como iguais com relação àquelas qualidades que, segundo as diversas concepções do homem e da sociedade, constituem a essência do homem, ou a natureza humana enquanto distinta da natureza dos outros seres, tais como o livre uso da razão, a capacidade jurídica, a capacidade de possuir, a *dignidade social* (como reza o art. 3º da Constituição italiana), ou, mais sucintamente, a *dignidade* (como reza o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem) etc.

Seria razoável, então, supor que diferenças decorrentes da forma de constituição de uma família poderiam ser aceitas, por se tratar de algo que não faz parte da essência do homem?

Parece que à primeira vista isso não seria possível, pois o direito de casar é diretamente assegurado pela Declaração Universal de Direitos do Homem e poderia ser incluído como um elemento essencial à própria natureza humana que busca a união a outro ser humano para sua completude.

Nesse ponto, mostra-se razoável a diferenciação entre igualdade nos direitos, que significa isonomia no gozo de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, e igualdade perante a lei, que significa “uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos (por exemplo, do direito de todos de terem acesso à jurisdição comum, ou aos principais cargos civis e militares, independentemente de nascimento)” (BOBBIO, 2002, p. 29), bem como a aplicação da lei da mesma forma para todos, independentemente das pessoas envolvidas¹⁶⁹.

169 A igualdade formal contida nessa visão é insuficiente para a consecução do princípio, pois, se o princípio da igualdade se limitar a uma prática universalista de formulação normativa, o legislador poderia criar qualquer forma de discriminação desde que a norma fosse geral.



A discussão ora travada, portanto, é quanto à igualdade nos direitos, pois se busca a interpretação de um direito constitucionalmente assegurado de viver em união estável e sua possível equiparação a outro direito constitucionalmente assegurado de casar.

Convém observar inicialmente que antes da assunção de qualquer compromisso, seja por meio da união estável, seja pelo casamento, todas as pessoas estão no mesmo patamar, inexistindo qualquer diferença entre elas (não há violação do princípio da isonomia). A todos os indivíduos são concedidas idênticas opções no momento de formação de uma família. Qualquer um deles pode optar por casar ou por viver em união estável, em verdade todos partirão do mesmo ponto, tal como ocorre em um jogo de xadrez em que ambos os jogadores iniciam a partida com os mesmos número e tipos de peças. As mesmas condições iniciais para a obtenção do bem da vida desejado serão atribuídas a qualquer membro da sociedade.

Diferentemente do que ocorria na Roma antiga, não há pessoas proibidas de casar em razão de sua classe social ou de sua condição econômica e que, portanto, sejam obrigadas a viver em união estável¹⁷⁰. Todas as pessoas, em princípio (excluídas as hipóteses de falta de legitimação para o casamento), têm a liberdade de escolher casar ou viver informalmente e repudia-se qualquer interferência estatal no exercício desse direito.

Pode-se acrescentar, na esteira do entendimento de Bobbio (2002, p. 34), que o mais igualitário princípio seria o de dar a cada um segundo a sua necessidade. Assim, se uma pessoa opta por casar é porque o regime do matrimônio é aquele que melhor se amolda às suas necessidades. Se decide por uma mera convivência *more uxorio* é porque essa forma de família é aquela que mais lhe agrada e melhor atende aos seus interesses e anseios pessoais, justamente porque isso não ocorre com o casamento.

Alexy (1999a, p. 64) afirma que diferenciações são permitidas se para elas existem fundamentos razoáveis¹⁷¹ e se não houver arbitrariedade (2007, p. 347-366). Celso Antônio Bandeira de Mello (1993; 2000) assevera que o tratamento desigual será per-

170 Obviamente não se olvidam as hipóteses em que o próprio ordenamento jurídico impede tanto o casamento quanto a união estável, mas se trata de circunstâncias em que as vedações serão oponíveis indiscriminadamente, sem qualquer juízo social ou econômico.

171 Paulo Bonavides afirma que o pressuposto fático do tratamento jurídico distinto deveria ser procurado "na 'essencialidade' ou 'relevância' da distinção a ser feita, ficando, porém, tal 'relevância', contida na mutabilidade de um quadro histórico dinâmico, ou seja, no relativismo de um critério valorativo, variável de acordo com o padrão dos valores imperantes na comunidade ou viços na consciência coletiva, os quais serviriam de apoio para valorar cada situação concreta ou real defrontada pelo legislador" (2004, p. 125)



mitido se for “justificável”, se houver uma correlação lógica concreta entre o “fator de discrimen” e o regramento dado, observando que essa relação de pertinência lógica depende diretamente de fatores culturais e do que, no ordenamento jurídico constitucional, houver sido consagrado como valor ou desvalor, ou seja, essa relação deve ser analisada em função dos interesses recepcionados pela Constituição, repudiando-se uma diferença que não seja fundamentada nela própria, eis que importaria arbítrio.

Um fundamento razoável, racional, plausível e não arbitrário para permitir a diferença de estatutos entre união estável e casamento seria a necessidade de preservação da autonomia da vontade dos indivíduos que não desejam se casar e, portanto, assumir os mesmos direitos e deveres do matrimônio. Conservar-se-ia, assim, a igualdade no direito, com atribuição a cada um daquilo que melhor atende à sua necessidade.

Por outro lado, o próprio texto constitucional não parece pretender uma igualdade absoluta, quando procura incentivar a conversão das uniões estáveis em casamento. É um incentivo que certamente não haveria se absolutamente idênticos fossem os estatutos¹⁷².

Não se pode falar, portanto, em uma discriminação arbitrária¹⁷³ que implique violação ao princípio da igualdade quando se opta pela adoção de regulamentação jurídica que leva em conta tais diferenças e que promove tratamento diferenciado em atenção a essas peculiaridades, uma vez que se estaria observando as escolhas próprias de cada indivíduo e a opção constitucional a esse respeito.

| 4. *Liberdade e igualdade – uma interpretação à luz da doutrina de Michel Rosenfeld*

Michel Rosenfeld (2003, p. 17), ao dissertar sobre a identidade do sujeito constitucional¹⁷⁴, afirma que se mostra necessário “fabricar a tessitura de um entrelaçamento

172 Cumpra observar que países como França, Itália, Inglaterra, Espanha e Alemanha não possuem nem ao menos estatutos próprios para as uniões estáveis. A respeito da Itália, cf. Francesco Galgano (2003).

173 Segundo Alexy, o Tribunal Constitucional alemão, para a análise de eventual violação do princípio da igualdade, pauta-se pela seguinte orientação: “se vulnera el principio de igualdad cuando para la diferenciación legal o para otorgar un trato jurídico igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que calificarse como arbitraria” (2007, p. 356).

174 Conceito que ele próprio afirma ser elusivo, pois nem mesmo a palavra *subject* teria apenas um significado (aqueles que se sujeitam à Constituição, elaboradores da Constituição ou a matéria da Constituição).



do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro de gerações vindouras”, trabalho sempre aberto à possibilidade de reconstrução, ainda que possa gerar resultados conflitantes em razão da incompletude do texto constitucional, o qual, por isso mesmo, deve estar sempre aberto à interpretação.

Para a reconstrução do texto constitucional, o referido autor sugere como instrumental básico a utilização da negação, da metáfora e da metonímia.

No primeiro estágio da negação, o sujeito constitucional repudia o passado pré-constitucional, ou seja, “o mero produto das identidades cultural, histórica, étnica ou religiosas vigentes” (ROSENFELD, 2003, p. 52) e, com essa necessidade de diferenciação, abre-se um hiato a partir do qual se inicia uma busca por uma identidade positiva (segundo estágio).

Ocorre que a positivação da identidade só será possível com recurso à história, às tradições e ao patrimônio cultural da comunidade política permanente, isto é, aquilo que anteriormente fora descartado e que será incorporado seletivamente à nova interpretação.

Para o nosso tema, isso significa repudiar o casamento como a única forma de constituição de uma família, sem, contudo, execrá-lo do ordenamento jurídico. Assim, admite-se a convivência harmoniosa de várias espécies de entidades familiares, inclusive aquelas decorrentes do casamento, que, em nome do pluralismo, apresentam características diversas da união estável.

Rosenfeld passa então a tratar da metáfora, como forma de exploração de similaridades e equivalências, na busca de formação de vínculos de identidade, observando que, em termos de doutrina constitucional, essa estaria voltada principalmente para a defesa da igualdade.

Nesse ponto do processo hermenêutico, enfatizar-se-iam os pontos de semelhança entre união estável e casamento.

Ocorre que a utilização absoluta da metáfora, ao apenas buscar pontos de contato, leva a uma descontextualização da questão, sendo necessário fazer um contraponto com a metonímia, que promove a determinação por meio da evocação das diferenças em um contexto concreto.



A estratégia do argumento jurídico metonímico é indicar os pontos relevantes de forma a demonstrar que as diferenças e especificidades afastam as similaridades, ou seja, no caso concreto, união estável e casamento não poderiam receber um tratamento idêntico em razão das diferenças que cada categoria apresenta.

Termina Rosenfeld (2003, p. 83) por concluir:

de um ponto de vista assim geral, a negação especificamente por meio da determinação, do recalçamento ou da repressão e da renúncia, assume o papel principal na tarefa de esculpir a identidade do sujeito constitucional, com a metáfora e a metonímia cumprindo a importante missão de fornecer conteúdo aos respectivos papéis da identidade e da diferença. A negação, é claro, delimita o sujeito constitucional ao fazer a mediação entre identidade e diferença. Mas identidade e diferença só podem adquirir formas determinadas ao se utilizar o trabalho da metáfora e da metonímia. Em outros termos, somente a metáfora e a metonímia revelarão qual identidade – ou mais precisamente, quais identidades – e qual diferença – ou diferenças – devem ser mediatizadas pela negação para a produção de uma reconstrução plausível de um sujeito constitucional adequado.

Cumpra observar, portanto, que a interpretação que enfatiza as similaridades nem sempre é mais adequada, devendo ser buscada a reconstrução preconizada por Rosenfeld, visando sempre a uma interpretação construtivista, teleológica e finalista, cujo objetivo é sempre fazer o melhor do objeto da interpretação, tornando-o o mais íntegro possível (DWORKIN, R., 1998).

Nesse aspecto, deve-se confrontar os princípios básicos que a doutrina aponta como justificativas para defender a absoluta equiparação entre união estável e casamento (metáfora) e o tratamento diferenciado entre ambos (metonímia): igualdade e liberdade/autonomia privada, respectivamente.

Rosenfeld observa que o tratamento dado à igualdade pode ser dividido em três orientações: diferença como desigualdade, igualdade como identidade e igualdade como diferença.



A primeira significa atribuir à igualdade um conceito puramente formal, segundo o qual essa só poderia existir se a comparação entre duas categorias representasse apenas identidade entre elas.

A segunda implica a obliteração da diferença, com confiança excessiva no processo metafórico, olvidando-se a necessidade de contextualização.

Por fim, a terceira interpretação que se pode dar à igualdade está finamente sintonizada com as “diferenças, sem explorá-las para padrões de dominação ou subordinação” (ROSENFIELD, 2003, p. 83), enfatizando-se o mote “a cada um segundo as suas (distintas) necessidades”.

Essa última abordagem é que melhor garante a observância ao princípio da igualdade, respeitando a liberdade e a autonomia, pois igualdade e liberdade não se excluem mutuamente, devendo ser buscada uma interpretação satisfatória que saliente o aspecto positivo do princípio que se pretende aplicar (DWORKIN, R., 2005, p. 57).

Assim, para a finalidade do presente estudo, a doutrina de Michael Rosenfeld demandaria uma interpretação do texto constitucional que colocasse união estável e casamento em posições similares, como entidades familiares (metáfora), atribuindo-se, contudo, um tratamento diferenciado, considerando-se suas peculiaridades próprias e principalmente as razões pelas quais as pessoas optam por esse tipo de relacionamento, assegurando-se o exercício pleno da autonomia e da liberdade (metonímia).

| 5. Liberdade e igualdade – o individualismo ético ¹⁷⁵ de Ronald Dworkin

Liberdade e igualdade, conforme já visto, encerram ideais políticos abstratos que muitas vezes são tidos como incompatíveis. As pessoas têm idéias diferentes sobre o conteúdo de tais conceitos e sobre a melhor forma de definir ou expressar os valores

175 “Ethical individualism is a view of the nature of morality as essentially individual. In the seventeenth and eighteenth centuries this may be seen as having taken the form of ethical egoism, according to which the sole moral object of the individual's action is his own benefit. [...] According to this doctrine, the *source* of morality, of moral values and principles, the creator of the very criteria of moral evaluation, is the individual: he becomes the supreme arbiter of moral (and, by implication, other) values, the final moral authority in the most fundamental sense. [...] Moreover, ethical individualism can be seen as the philosophical consequence of taking the idea of autonomy seriously and carrying it to its logical conclusion” (LUKES, 2006, p. 87-88).



neles contidos. Este trabalho, contudo, busca uma interpretação que ressalte seus aspectos positivos e que atenda à integridade, ou seja, que expresse um único e coerente sistema de justiça e equidade (DWORKIN, R., 2004, p. 219).

Na esteira desse objetivo, Dworkin afirma que é necessário que haja total compatibilidade entre liberdade e igualdade¹⁷⁶, pois ambas são virtudes fundamentais e a liberdade não pode ser concebida se não pressupuser a igualdade, principalmente porque a igualdade completa e absoluta não seria apenas um valor político fraco, mas, em verdade, nenhum valor¹⁷⁷ (2002, p. 2). Assim, não seria possível promover a igualdade no mundo real se forem utilizados meios que comprometam a liberdade (CADEMARTORI, 2006, p. 142).

Por outro lado, todo homem tem direito a que a liberdade e a igualdade precognizadas na Declaração Universal de Direitos do Homem sejam observadas, sendo imprescindível que o direito positivo forneça os meios para tanto¹⁷⁸.

No mesmo espírito de tal assertiva, Dworkin (2002, p. 5-6; 2005, p. 57-70) sustenta que liberdade e igualdade podem ser compatibilizadas por meio da observância e aplicação dos dois princípios éticos do individualismo e que a interpretação desses dois ideais que respeite e aplique tais princípios extrairá o melhor de cada um dos conceitos.

O primeiro dos referidos princípios é o da igual importância/valor (*equal importance*), segundo o qual é importante, do ponto de vista objetivo que as vidas humanas sejam bem sucedidas e bem aproveitadas, evitando-se que sejam desperdiçadas, valendo isso para todas as vidas humanas. Não se defende uma igualdade no sentido de que todos

176 "We should hope for a plausible theory of all the central political values – of democracy, liberty, and civil society as well as of equality – that shows each of these growing out of and reflected in all the others, an account that conceives equality, for example, not only as compatible with liberty but as a value that someone who prized liberty would therefore also prize. We should hope, moreover, for a theory of all these that show them reflecting even more basic commitments about the value of a human life and about each person's responsibility to realize that value in his own life" (2002, p. 4).

177 Alexy assevera que o princípio da igualdade não pode significar que o legislador tenha a obrigação de colocar todas as pessoas na mesma posição jurídica, pois "la igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no solo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias. [...] Igualmente claro es que el principio de igualdad no puede exigir la igualdad en todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fácticas en las que se encuentran los individuos" (2007, p. 350).

178 "O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, senão a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é exatamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observação aos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo" (ALEXY, 1999a, p. 61).



possuam as mesmas qualidades ou defeitos ou de que todas as vidas tenham sido criadas iguais ou que sejam igualmente valiosas para si ou para os demais. Defende-se a importância de que todas as vidas prosperem e tenham algum sucesso ao invés de serem desperdiçadas, pois é objetivamente importante a forma pela qual vivemos.

Assim, todos os seres humanos devem levar vidas prósperas e serem dignos de igual respeito e admiração. Considera-se importante tanto o projeto de vida individual, como querer extrair algo proveitoso da vida¹⁷⁹.

O princípio da responsabilidade especial (*special responsibility*) implica a existência de um vínculo especial entre a pessoa e sua vida e que cada indivíduo tem especial e final responsabilidade pelo sucesso de sua vida. Isso significa que, diante das inúmeras escolhas que existem sobre o modo de vida que se pode levar, cada pessoa é responsável (ela própria) por tomar tais decisões; por viver bem ou mal. Não se fazem, no âmbito de tal princípio, juízos de valor sobre qual a melhor forma de conduzir uma vida, nem se admite que determinada forma de vida seja imposta pelo julgamento de outro. Exige-se, contudo, que os indivíduos assumam responsabilidade por suas opções.

Propõe-se, em verdade, um desafio intelectual de que se deve viver segundo uma concepção pessoal para que a vida seja próspera, afastando-se qualquer concepção política imposta.

Em contrapartida, deverá o Estado, para assegurar a consecução do primeiro princípio, adotar leis e diretrizes que assegurem que o destino dos cidadãos não será afetado por suas idiossincrasias ou por características como gênero, raça, cor ou opção sexual. Para garantir a efetividade do segundo princípio, imprescindível que o Estado seja sensível às escolhas feitas pelas pessoas, ou seja, deverá fornecer os meios necessários para que essas opções sejam exercidas da melhor forma possível, fornecendo um ambiente social que estimule e respeite os compromissos pessoais. Esse Estado estaria respeitando tanto o princípio da igualdade quanto o da liberdade.

Nesse sentido, assevera Dworkin:

179 Não se desconhecem as críticas ao modelo filosófico de Dworkin sobre em que consiste uma boa vida. A esse respeito, cf. Richard J. Arneson (2004, p. 79-98). Essa discussão, contudo, não apresenta relevância para este trabalho, pois não se pretende discutir se a escolha por viver em união estável é uma boa opção ou não. O objetivo é apenas reconhecer que se trata de uma opção e que essa deve ser respeitada.



no entanto, presume uma ética que supõe – como quase todos nós supomos na nossa própria vida – que somos responsáveis pelas conseqüências das escolhas que fazemos com base nessas convicções, nessas preferências ou nessa personalidade.

[...]

Os velhos igualitaristas afirmavam que a comunidade política tem a responsabilidade coletiva de demonstrar igual consideração por todos os cidadãos, mas definiram essa igual consideração de maneira a ignorar as responsabilidades pessoais desses cidadãos. Os conservadores – novos e velhos – insistiam naquela responsabilidade pessoal, mas eles a definiam de tal forma a ignorar a responsabilidade coletiva. A escolha entre esses dois equívocos é tanto desnecessária quanto sem atrativos. Se a argumentação a seguir [o argumento deduzido ao longo do livro *Law's Empire*] for sólida, poderemos alcançar uma teoria unificada da igualdade e da responsabilidade que respeite ambas¹⁸⁰. (2002, p. 7)

Continua o autor (2005, p. 59), afirmando que é plenamente possível defender uma interpretação de igualdade e de liberdade que estejam fundadas nos dois princípios do individualismo ético, esclarecendo que o princípio do igual valor apenas exige que o indivíduo assuma responsabilidade por sua própria vida e nenhuma outra e que reconheça objetivamente que seu destino não é mais importante do que o dos demais.

O princípio do igual valor exige, ainda, que os governos tratem todos os cidadãos com o mesmo interesse, respeitando as diferentes ambições e ideais. Assim, um Estado que considera que o único modo de formação de família é por meio do casamento, não trata a todos com o mesmo respeito e consideração, uma vez que é notório que há várias maneiras pelas quais as pessoas se organizam em entidades familiares.

A Constituição Federal, ao admitir que as uniões estáveis originam entidades familiares, deu o primeiro passo para a observância do igual valor.

180 No original: "But I do assume an ethics which supposes – as almost all of us in our own lives do suppose – that we are responsible for the consequences of the choices we make out of those convictions or preferences or personality. [...] The old egalitarians insisted that a political community has a collective responsibility to show equal concern for all citizens, but they defined that equal concern in a way that ignored those citizens' personal responsibilities. Conservative – new and old – insisted on that personal responsibility, but they have defined it so as to ignore the collective responsibility. The choice between these two mistakes is an unnecessary as well as an unattractive one. If the argument that follows [o argumento deduzido ao longo do livro *Law's Empire*] is sound, we can achieve a unified account of equality and responsibility that respects both.



Para que a igualdade seja observada integralmente, é necessário que cada pessoa seja livre para decidir os rumos de sua vida. A esse respeito, já afirmava Diéz-Picazo que “o progresso comum previsto dentro de um conceito de liberdade individual não é outra coisa que a liberdade para todos, o que reafirma que ninguém pode perturbar a escolha de vida dos outros¹⁸¹”.

Nesse ponto, mister advogar a implementação de uma concepção mais liberal, ou seja, não deve haver uma preocupação em determinar as escolhas pessoais dos indivíduos (casar ou viver em união estável), “mas garantir para cada um uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo as suas próprias capacidades e talento, perseguir os fins que livremente se propõe” (BOBBIO, 1995, p. 133).

E, na esteira desse entendimento, pode-se afirmar que o segundo princípio do individualismo ético se relaciona diretamente com a liberdade:

as pessoas têm a responsabilidade especial de programar suas vidas por si mesmas, na medida em que são capazes de fazê-lo, guiadas por suas próprias convicções sobre o que é uma vida boa. A liberdade protege essa responsabilidade de forma que, quando um governo invade essa liberdade, diminui o alcance de oportunidades e opções dos indivíduos e os deixa com menos possibilidade de dirigir suas vidas de acordo com seus próprios valores¹⁸². (DWORKIN, 2005, p. 63)

Leis que pretendam obrigar as pessoas a viver de um certo modo considerado melhor e mais adequado, impondo um ponto de vista coletivo acerca de que tipo de vida é valiosa, afrontam claramente esse princípio que a liberdade tem a intenção de proteger.

Note-se que o primeiro princípio identifica liberdades básicas que são essenciais para que um indivíduo tome decisões sobre sua vida pessoal e política. O segundo, por sua vez, demanda independência moral do Estado, necessária para que seja implementado o ideal de igualdade.

181 No original: “Le progrès commun s’inscrit dans une conception de la liberté individuelle qui n’est rien d’autre que la liberté pour tous, ce qui revient à affirmer que nul ne peut perturber le choix de vie des autres”. (2002, p. 418)

182 No original: “Las personas tienen la responsabilidad especial de programar sus vidas por sí mismas, en la medida en que son capaces de hacerlo, guiadas por sus propias convicciones acerca de lo que es la vida buena. La libertad protege dicha responsabilidad debido a que cuando un gobierno invade la libertad, disminuye el alcance de oportunidades y elecciones de los individuos y los deja con menos posibilidades de dirigir sus vidas de acuerdo con sus propios valores.”



Observe-se que essa orientação guarda semelhanças como a concepção de Kant, que considerava a liberdade (independência do arbítrio de outro) como o único direito natural ou inato, “próprio de cada homem, pelo simples fato de ser homem” (1993, p. 55). Seu conceito estava ligado à noção de autonomia (qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma)¹⁸³ e promovia um Estado voltado para a produção de leis que respeitassem a vontade dos cidadãos. Em verdade, sua doutrina colocava como fim do Estado a liberdade por meio da lei, que possibilitaria ao indivíduo, com base em um plano de vida próprio, alcançar a felicidade.

Revertendo o raciocínio para o caso concreto, se as pessoas vivem em união estável porque não desejam o casamento, cabe ao Estado fornecer os meios para que essa opção de vida seja exercitada, respeitando-se a autonomia privada sem a imposição de regras que transformem a convivência informal em matrimônio, o que significaria flagrante desrespeito a ambos os princípios éticos.

Jean-Loius Renchon (2005, p. 24) salienta que o ideal de liberdade se encontra na base da opção que é deixada a cada casal de escolher entre os modelos que correspondam à sua própria percepção do significado de um casal. Para tanto, é imprescindível que os modelos existentes sejam diferentes, pois só assim haverá uma verdadeira escolha.

Por outro lado, não cabe ao Estado ditar qual a melhor forma de constituição de uma família, pois é inerente ao princípio do igual valor que as pessoas sejam livres para escolher a maneira como desejam viver. Considerar que o estatuto jurídico do casamento é o único passível de proteger os companheiros, exigindo-se que haja uma equiparação inexorável entre os institutos, é o mesmo que afirmar que a melhor concepção de família é a matrimonial, pois se estará obrigando (desnecessariamente) tais pessoas a “formalizar” e “institucionalizar” o relacionamento.

183 Bobbio, tratando da obra de Kant, faz a seguinte análise: “Resta ver como é possível conciliar, em Kant, esta aceitação da liberdade como autonomia com a definição do direito como limite das liberdades externas, na qual o conceito assumido de liberdade, como vimos no item 9 da Parte II, corresponde à liberdade como não-impedimento. Na realidade, os dois conceitos de liberdade não são incompatíveis. E não são incompatíveis porque correspondem a dois momentos diversos do desenvolvimento da sociedade. A liberdade como não-impedimento representa o momento da liberdade natural, ou seja, o momento no qual o homem é livre enquanto não é dominado por leis externas e coercitivas. A liberdade como autonomia representa o momento da liberdade política, ou seja, o momento em que o homem tornou-se cidadão e está portanto subordinado à lei do Estado, conservando-se livre somente enquanto seja ele próprio o criador das leis às quais deve obedecer. As duas liberdades são tão pouco inconciliáveis, que a luta pelo Estado moderno foi empreendida em favor de uma e de outra, e as constituições modernas dos Estados democráticos reconheceram as duas, a primeira sob a forma de atribuição dos assim chamados direitos de liberdade (liberdade de imprensa, de pensamento, de associação, de reunião), a segunda sob a forma de atribuição dos chamados direitos políticos (ou seja, os direitos relativos à participação direta ou indireta do cidadão na formação das leis)” (1995, p. 131)



Para assegurar a proteção estatal de que fala a Constituição Federal, não é essencial que isso seja feito por meio das normas do casamento, pois não são nem as únicas, nem as mais adequadas para um relacionamento informal como a união estável.

Nesse ponto, deve-se esclarecer o que se poderia entender pela expressão *para efeitos de proteção do Estado* contida no § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal.

O caput do referido dispositivo prevê que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e as uniões estáveis, reconhecidas como entidades familiares, possuem o direito a essa especial atenção do Estado, o que já se reflete no fato de que o texto constitucional retira essa espécie de família da ilicitude em que se encontrava antes e a alça ao mesmo patamar da família matrimonial, sob o aspecto de serem dignas de reconhecimento e proteção pelo ordenamento jurídico.

A intenção do texto constitucional é a inclusão das uniões estáveis como parte integrante da família e, por conseguinte, do Direito de Família, retirando as relações dela decorrentes do âmbito do direito obrigacional. Visou, também, a permitir que os demais ramos do Direito dela tratem como uma entidade geradora de direitos da família.

Não pretendeu, contudo, que houvesse equiparação entre união estável e casamento, principalmente porque a especial proteção do Estado só pode ser entendida, em um Estado Democrático de Direito, como aquela em que a liberdade de seus integrantes será respeitada de forma integral.

Misabel Abreu Machado Derzi aduz que proteção significa, “segundo seu conteúdo literal, a promoção do bem a proteger, o rechaço de interferências ou prejuízos e, sobretudo a renúncia do Estado a intervenções perturbadoras próprias”.

Com base no artigo 6º, § 1º, da Lei Fundamental Alemã, identifica dois conceitos de proteção especial do matrimônio e da família:

Positivo, o dever para o Estado de preservar o matrimônio e a família não somente de prejuízo por outras forças, mas também de promoções com norma adequadas; *negativo*, a proibição para o mesmo Estado de prejudicar ou alterar o matrimônio (1993, p. 143)



Isso significa que a proteção especial do Estado “advém de *ações positivas*, como também de *negações, abstenções e não interferência*”, ou seja, para que exista coerência, as normas protetivas devem ser positivas e negativas, respeitando os princípios do pluralismo, da liberdade, da autonomia do indivíduo, da dignidade da pessoa humana e as peculiaridades das famílias matrimoniais e não-matrimoniais, originadas de uniões estáveis ou de núcleos monoparentais. Imprescindível, ainda, que a intervenção estatal ocorra na medida da necessidade da proteção requerida.

O Estado tem o dever de criar para a família o ambiente propício para que cada membro possa desenvolver integralmente sua personalidade e exercitar suas escolhas. Deve deixar espaço para as variações subjetivas próprias de cada indivíduo e que encontram na união estável uma voz de rejeição à figura do casamento que precisa ser absolutamente respeitada.

Como bem ressaltado pela autora, “a proteção especial do estado deve ser dada por meio de *ações positivas e promocionais*, quando necessário, mas ao mesmo tempo, *de abstenção e de não intervenção*, quando a negação marcar apreço pela liberdade¹⁸⁴”. Completa Carlos Dias Motta que o Estado “tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais” (2007, p. 238).

O mesmo autor afirma que existe um conflito entre o princípio da autonomia da vontade e o que chama de princípio da especial proteção da família pelo Estado, sugerindo que o ponto de equilíbrio entre eles estaria mais próximo do primeiro, pois não seria adequado à estrutura das uniões estáveis a regulamentação e a intervenção excessivas estatais, capazes de produzir um “casamento de segunda classe”, conceito contrário à previsão constitucional (2007, p. 240).

184 Acrescenta que “normas de auxílio ou subvenção familiar à aquisição de moradia própria ou de assistência à educação são inconstitucionais, se excluírem dos benefícios a família concubinária ou as meias-famílias (que, pela Constituição, foram equiparadas à família no casamento). Em compensação, são ofensivas à liberdade individual aquelas que atribuírem às relações entre os parceiros, nas uniões concubinárias, os mesmos efeitos do casamento a que eles se recusam. Em compensação, são inadmissíveis aquelas normas tributárias, que onerarem com tributos mais elevados a renda da mulher casada que exerce atividade remunerada, porque marcam uma intervenção do Estado no modelo da família e uma quebra da igualdade entre os sexos.” (1993, p. 148)



| 6. Liberdade, paternalismo, dignidade da pessoa humana e John Stuart Mill

Na introdução de *On Liberty* (Sobre a liberdade), John Stuart Mill defende a necessidade de proteção contra a tirania da maioria, afirmando

é necessária proteção também contra a tirania da opinião e do sentimento majoritários; contra a tendência da sociedade de impor, por outros meios que não penalidades civis, suas próprias idéias e práticas como regras de conduta sobre os dissidentes; de restringir o desenvolvimento e, se possível impedir a formação, de qualquer individualidade não em harmonia com seu estilo e compelir todas as personalidades a talharem-se no mesmo modelo dela própria¹⁸⁵. (2003, p. 76)

Nesse contexto, seu livro é uma reação à invasão desnecessária do Estado e da sociedade sobre a vontade do indivíduo, que impediria a formação de sua individualidade. Sustenta o autor que a única razão que justificaria a intervenção sobre a liberdade de agir seria a necessidade de impedir que um indivíduo prejudique o outro, pois o mal infligido a si próprio não seria suficiente para legitimar a imposição de uma vontade sobre outra, pois “sobre si próprio, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano” (2003, p. 81).

Não se pretende no presente trabalho uma defesa absoluta das idéias de Mill, pois, certamente, haverá situações em que a intervenção do Estado na vida privada, ainda que contra a vontade do indivíduo se faz necessária. Mister, contudo, que essa invasão ocorra apenas quando essencialmente necessária, o que não se dá no caso das uniões estáveis.

Conforme afirma Rodrigo da Cunha Pereira, o campo das uniões estáveis é o da não-regulamentação, ainda que isso possa criar um paradoxo¹⁸⁶. Aqueles que assim vi-

185 No original: “there needs protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and, if possible, prevent the formation, of any individuality not in harmony with its ways, and compel all characters to fashion themselves upon the model of its own.”

186 “Registre-se, então, e podemos perceber a razão, que todas as tentativas de regulamentação do concubinato/união estável esbarram em contradições. É que sua essência, seu cerne, é exatamente não requerer a intervenção do Estado. Isto é o que acontece na quase totalidade dos países europeus, ou seja, o instituto do con-



vem não desejam o peso do ordenamento jurídico sobre eles, ao menos não da mesma forma que o casamento¹⁸⁷. Assim, admite-se que o Estado entre nessa esfera privada para assegurar direitos mínimos e para garantir sua especial proteção como demanda a Constituição Federal, mas nunca de forma a retirar dos conviventes a possibilidade de que decidam por viver à margem do casamento.

Convém observar que o próprio Código Civil, em seu artigo 1513, afirma que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Ora, ao contrário da tendência que se observa, a participação estatal na vida da família não pode ser tão presente como ocorre nos dias de hoje, pois se contradiz o próprio preceito do Código Civil, mormente quando pretende a Constituição Federal assegurar a informalidade das uniões estáveis e a legislação ordinária teima em formalizar tais relacionamentos, aproximando-os cada vez mais dos casamentos. Em um futuro próximo, provavelmente não haverá diferença entre os dois institutos e, com isso, mais uma parcela significativa da liberdade individual será sacrificada porque o Estado pretende saber o que é melhor para seus cidadãos e o melhor parece ser, então, a regulamentação que é atribuída ao casamento.

cubinato, com qualquer nome que lhe seja dado, escapa e escapará sempre às imposições e às tentativas de normatização. É o espaço do não-instituído. Pela sua natureza, é algo que quer exatamente fugir às regras, é algo que sempre escapará aos limites das normas jurídicas. Podemos entender, portanto que a possibilidade de sua existência, e ela tem atravessado tempo e espaço, está diretamente ligada à opção do desejo de um outro tipo de conjugalidade, fora daquele preestabelecido pelo Estado. Não podemos confundir, entretanto, a não-regulamentação das uniões com a não-proteção do Estado a esse tipo de união, seu reconhecimento enquanto forma de família e como instituto que tem conseqüências jurídicas. Concubinato, união estável ou união livre, como o próprio nome indica, é aquele livre de regulamentação, registros e controles oficiais. Regularizar a união estável/concubinato seria quase transformá-la em casamento, nos moldes e termos em que o Estado determinar. Essa tendência é, na verdade, uma posição moralista equivocada, pois seria o mesmo que não aceitá-la como outra forma de família. É como se fosse para resgatá-la de algo que não é correto. Por esse raciocínio, podemos deduzir o porquê da falta de legislação sobre essas uniões, pois provavelmente elas deixariam de ser livres. Isso não significa de forma alguma 'libertinagem' e nem mesmo que o Estado não deva protegê-las. Aliás, quanto a isto, juridicamente não há mais dúvida, principalmente a partir do texto constitucional. O que o Estado não pode e não deve é interferir na liberdade dos sujeitos de viver relações de natureza diferente daquelas por ele instituídas e determinadas" (2001, p. 43/44).

Esse paradoxo é sentido também em outros países, como noticia Jean-Louis Renchon a respeito do direito belga (2005, p. 15) e Jean Hause, ao tratar do direito francês (2005, p. 543).

187 Diez-Picazo também trata desse paradoxo: "Et c'est ainsi qu'apparaît un autre paradoxe, également très étroitement relié aux précédents. Le choix pour l'amour libre et plus généralement de la liberté se transforme en une absence de liberté qui n'a jamais été ni choisie ni recherchée par les intéressés". (2002, p. 416)



Não há, contudo, necessidade de participação tão presente e ativa do Estado quando apenas a esfera individual do cidadão é afetada, como ocorre nas uniões estáveis¹⁸⁸.

Nesse aspecto, afirma Mill (2003, p. 83) que esse é o ambiente próprio da liberdade individual que abarcará a liberdade de gosto e de buscar um plano de vida que seja compatível com o caráter e os anseios de cada um, suportando-se as conseqüências de tais escolhas, desde que elas não prejudiquem terceiros, e ainda que os demais pensem que haveria um caminho melhor a ser seguido (será que efetivamente o casamento seria um caminho melhor ou apenas mais conveniente?), pois “para ser justo com a natureza de cada um, é essencial que se permita que pessoas diferentes vivam vidas diferentes¹⁸⁹”.

Mill advoga, portanto, a liberdade de ser independente para formular escolhas pessoais, o que seria uma dimensão a mais da igualdade, no entender de Dworkin¹⁹⁰, pois estaria ela ameaçada quando o processo político negasse ao indivíduo igual voz (*equal voice*) e igual respeito (*equal respect*). Assim, todas as leis que restrinjam a liberdade de uma pessoa apenas em razão de sua própria incompetência para decidir seu futuro ou que forcem uma subserviência moral e intelectual ao pensamento da maioria seriam profundamente insultantes.

A liberdade, contudo, acarreta a necessidade de ser responsável pelas conseqüências de cada escolha. Assim, se alguém opta por viver em união estável deverá estar consciente de que não terá as vantagens do casamento, tais como um direito sucessório mais pleno, embora possa obter outras diferentes em razão da informalidade do relacionamento, como a possibilidade de ruptura sem a necessidade de dois anos de separação de fato.

George Kateb (2003, p. 47), ao comentar o livro de Mill, afirma que “liberdade não é mais meramente uma permissão, concedida de forma relutante, para falar ou escrever dentro de limites, mas um convite para falar e ouvir, escrever e ler, sem uma constante consciência de limites”. Parafraseando, a mesma idéia poderia ser aplicada no caso em apreço para significar que a liberdade de escolher uma forma de organização familiar não pode ser entendida apenas como uma permissão para tanto, mas como um convite para

188 “But there is a sphere of action in which society, as distinguished from the individual, has, if any, only an indirect interest; comprehending all that portion of a person's life and conduct which affects only himself, or if it also affects others, only with their free, voluntary, and undeceived consent and participation” (MILL, 2003, p. 82).

189 No original: “To give any fair play to the nature of each, it is essential that different persons should be allowed to lead different lives” (MILL, 2003, p. 128).

190 Dworkin comenta a obra de Mill no capítulo *Liberty and liberalism*, de seu livro *Taking Rights Seriously*.



que as pessoas optem por aquele modo que melhor atenda às suas necessidades pessoais, com a consciência de que suas escolhas serão adequadamente respeitadas e amparadas pelo Estado, pois a diversidade é prova de que a liberdade efetivamente existe.

Segundo esse autor, a razão pela qual Mill dá tanto valor à liberdade é porque ela é essencial para a individualidade. A individualidade, por sua vez, é valorizada porque é tão-somente quando ela existe que a dignidade da pessoa humana é reconhecida e apreciada¹⁹¹, pois apenas com o cultivo da personalidade o ser humano se desenvolve e chegará perto do melhor que ele pode ser¹⁹².

A valorização da dignidade da pessoa humana permeia, portanto, toda a busca pela liberdade e implica uma constante luta contra o paternalismo, ou seja, contra “a tendência de tratar adultos como se fossem crianças que nunca conseguem crescer e, dessa forma, não lhes podem ser confiados nem liberdade, nem poder, nem imparcialidade¹⁹³”.

Ora, respeitar o direito de cada cidadão de exercer suas opções dentro de um universo plural, com a garantia de que o Estado sustentará essas escolhas individuais sem paternalismo, é meio caminho para o reconhecimento da dignidade humana¹⁹⁴, pois o paternalismo é uma política estatal (ainda que decorrente de pressão social) que acaba com a liberdade individual e com a individualidade, para qual a liberdade é essencial (KATEB, 2003, p. 63) e, por consequência, com a autonomia e o direito de autodeterminação de cada pessoa, inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹⁵ (SARLET, 2006, p. 45).

191 “If it were felt that the free development of individuality is one of the leading essentials of well-being; then it is not only a co-ordinate element with all that is designated by the terms civilization, instruction, education, culture, but is itself a necessary part and condition of all those things; there would be no danger that liberty should be undervalued, and the adjustment of the boundaries between it and social control would present no extraordinary difficulty” (2003, p. 122).

192 Entendimento similar é defendido por Owen Fiss (2003, p. 183).

193 No original: “Nowadays we ordinarily regard human dignity as the basis for the guarantee of fundamental individual human rights. The heart of the idea of human dignity is that adults are to be treated in a way that recognizes that they are not prey, or beasts of burden, or pawns, or mere means or implements for ends beyond themselves. Therefore, the idea obviously precludes gross oppression and injustice. But also precluded is paternalism: **the tendency to treat adults as if they are children who can never grow up and hence cannot be trusted with freedom or power or candor.**” (grifo nosso) (KATEB, 2003, p. 48.)

194 Ingo Sarlet noticia decisão do Tribunal Constitucional da Espanha que, inspirada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, considerou que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta sigularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão de respeito por parte dos demais”. (2006, p. 44)

195 “A liberdade em suas variadas manifestações – de iniciativa, de expressão, de associação, de crença etc. -, a autonomia individual, a participação política, a integridade física e moral, dentre outros, são elementos indissociavelmente ligados ao conceito de dignidade humana” (BARCELLOS, 2008, p. 219).



Embora não se possa falar em uma equiparação de conceitos, há intrínseca ligação entre a liberdade e a dignidade, pois essa última exige o reconhecimento e a garantia da liberdade e dos direitos fundamentais de modo geral (SARLET, 2006, p. 46). Demanda, ainda, uma obrigação geral de respeito à pessoa e um empenho da ordem jurídica para que todos recebam igual consideração e respeito por parte não só do Estado, como também da sociedade (SARLET, 2006, p. 54).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, apontou a dignidade da pessoa humana como condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, o que quer dizer que a legitimidade do ordenamento jurídico está condicionada à sua observância e que a interpretação do direito deve sempre levá-la em conta, buscando-se a realização das liberdades e dos direitos fundamentais.

No âmbito da discussão travada neste trabalho, isso significa que negar aos conviventes o direito de viver livre e informalmente longe das regras do casamento é o mesmo que lhes negar dignidade¹⁹⁶, princípio constitucionalmente assegurado no artigo 1º, III; é o mesmo que entender que se trata de pessoas incapazes de escolher o

196 Ingo Sarlet denuncia a dificuldade de conceituar-se a dignidade da pessoa humana, observando que é uma qualidade inerente a todo o ser humano e que pode representar aquele valor que identifica o ser humano como tal, ainda que essa característica não seja suficiente para se compreender o efetivo âmbito da proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa. O conteúdo desse princípio mostra-se, por vezes, intuitivo, possibilitando a clara identificação de situações em que a dignidade seja violada, ainda que não se possível um conceito universal. O autor argumenta que um conceito fixo não se harmonizaria “com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento” (2006, p. 39-41). Lembra, contudo, que, na esteira da doutrina kantiana, o homem é um fim em si mesmo e não pode ser convertido em meio para a satisfação de interesses de outro homem, nem pode ser rebaixado a mero objeto ou tratado como coisa. Qualquer atitude neste sentido representaria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (2006, p. 58-59), ainda que esse conceito não possa ser reduzido a apenas essa expressão. Termina por apresentar o seguinte conceito: “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (2006, p. 60). Antônio Junqueira de Azevedo noticia a mesma dificuldade já apontada, mas reconhece que a dignidade da pessoa humana, ainda que conceito jurídico indeterminado, é um princípio jurídico. (2002b, p. 12). Alexy observa que o princípio da dignidade da pessoa humana é tão indeterminado como o próprio conceito de dignidade humana. Transcreve o autor o sentido que o Tribunal Constitucional alemão atribui ao referido princípio: “la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a si mismo en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mismo, sino como la de un individuo referido a y vinculado con la comunidad” (2007, p. 313).



melhor para si próprias, ainda que posteriormente possam concordar que o melhor era aquilo que o Estado a elas impunha¹⁹⁷.

Diferentes pessoas necessitam de diferentes condições de vida para o seu desenvolvimento espiritual e de sua personalidade. Ao se admitir a repersonalização das relações familiares e a necessidade de que a família seja um núcleo onde cada membro poderá adequadamente desenvolver a si próprio, mostra-se imprescindível que o respeito ao pluralismo se faça presente e, para que isso ocorra, a escolha da vida informal deverá ser respeitada e sustentada da melhor forma que seja possível ao ordenamento jurídico vigente¹⁹⁸.

O respeito à pluralidade é uma característica do Estado Democrático de Direito que deve permear tanto a atividade legislativa quanto a jurisdicional, pois reflete o compromisso assumido pela Constituição Federal de 1988 ao guindar a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental.

Consoante Chantal Mouffe (1994), o pluralismo desempenha papel essencial na democracia moderna e deve ser entendido como o reconhecimento da liberdade individual, ou seja, “como a possibilidade dada a todo indivíduo de buscar a sua felicidade e bem-estar como bem queira, de fixar para ele mesmo os seus próprios objetivos e de a seu modo buscar realizá-los”.

Na esteira de tal entendimento, não se pode admitir que sejam esquecidas as especificidades de um relacionamento informal e, em uma visão que rejeita o pluralismo, considerar apenas o casamento (e seu regime próprio) como o único passível de assegurar às pessoas uma proteção adequada.

Nas palavras de Jeremy Waldron

197 “Perfectionism for the many is unthinkable without systematic paternalism, and paternalism is still despotism, even when the paternalistically handled person might eventually concede, after his handling, that the authorities were right” (KATEB, 2003, p. 61).

198 Luigi Balestra desenvolve raciocínio similar, mas com base na Constituição Italiana: “Dans cette direction il y a une autre règle très importante dans la Constitution, c’est l’article 2 qui est place parmi les principes fondamentaux. Cet article affirme que la République protège les droits inviolables de l’homme même dans les formations sociales dans lesquelles se déroule la personnalité humaine. La famille de fait – c’est ce que pensent la plupart de la doctrine et notre Cour constitutionnelle – doit être appréciée comme une formation sociale (ex : art. 2 de la Constitution). Cela ne signifie pas qu’il y a assimilation avec la famille légitime [a Constituição Italiana prevê que a família é uma sociedade natural fundada no casamento – art. 29], mais seulement que la famille de fait est digne d’être protégée”. (2002, p. 406)



a ameaça à liberdade e à individualidade vem da ação coletiva do público [e aqui poderiam ser incluídos no caso concreto a doutrina e a jurisprudência], inadvertida mas letalmente personificada na combinação da opinião pública e da atmosfera social monolítica¹⁹⁹. (2003, p. 241).

Quando a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, garante a proteção estatal a todas as formas familiares, sejam elas decorrentes ou não do casamento, cabe aos profissionais do direito encontrar os meios necessários para a observar. Por outro lado, quando a Constituição Federal amplia os modos pelos quais é possível constituir uma família, deixa de ser importante, como era até então, se isso ocorrerá dentro ou fora dos moldes do casamento. Essa passa a ser uma escolha exclusivamente individual.

É certo, contudo, que essa proteção não significa necessariamente uma equiparação total e absoluta às regras do casamento, como defendem inúmeros doutrinadores e várias decisões judiciais.

Tal insistência mostra-se em completo desacordo com o próprio espírito constitucional de proteção à diferença e ao pluralismo.

É perfeitamente possível (e desejável) que as uniões estáveis tenham um estatuto próprio que observe suas peculiaridades, sem que se recorra de forma inexorável às normas que regem os casamentos.

Nessa ordem de pensamento, a própria Constituição reconhece abertamente que ambos os institutos são diversos, uma vez que não haveria qualquer sentido em afirmar que a lei deve facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento se ambos fossem idênticos (metáfora).

Isso não significa, contudo, que a união estável deve ser vista como uma entidade familiar de segunda categoria ainda que possa ser considerada como uma instituição meio para a instituição fim que é o casamento²⁰⁰.

199 No original: "The threat to liberty and individuality comes from the collective action of the public, inadvertently but lethally embodied in a concerted public opinion and a monolithic social atmosphere".

200 Não se pode olvidar que a Constituição reflete em boa medida a trajetória de um povo, seus anseios e tradições e que o casamento, até mesmo por influência da Igreja Católica, é visto como um *status* social desejado. Por outro lado, a letra do texto constitucional deve ser interpretada buscando-se a atualização de seu significado em face das alterações sociais e culturais ocorridas após a sua edição. Assim, não parece contrariar a Constituição (e o pluralismo que deve informá-la) considerar a união estável como uma instituição meio, desde que também se admita, em respeito à autonomia privada, as convivências estáveis que



Quando o legislador constituinte requer do legislador ordinário que crie mecanismos facilitadores da conversão da união estável em casamento, o que ele demonstra é respeito à diferença e à vontade individual.

O respeito ao pluralismo decorre do reconhecimento de que o casamento e a união estável não são idênticos (igualdade como diferença), o que exige do legislador ordinário e do intérprete o desenvolvimento de regimes jurídicos e interpretações que assegurem as características próprias de cada um.

Implica, ainda, a criação de meios que, em observância à vontade individual, permitam aos conviventes transformarem-se em cônjuges, se assim desejarem.

Cumpra observar, ainda, que a forma de compreensão da união estável e do casamento não pode ficar restrita apenas à visão dos profissionais do direito. É imperativo que ela reflita a prática social e, ainda que essa demonstre que raramente os conviventes realizam contratos para reger o período do relacionamento estável, o que poderia justificar a opção do atual Código Civil em criar um regime de bens para vigor no silêncio das partes, a experiência do dia-a-dia do fórum demonstra que boa parte das pessoas se revolta ao descobrir que a partilha de bens obedecerá ao regime da comunhão parcial, como ocorreria se casadas fossem. Perguntam indignadas: “por quê, se não somos casados?”.

A legislação ordinária a respeito da união estável não parece apresentar validade, no sentido que Habermas confere ao termo.

Muito embora a proteção a essa categoria seja fruto de uma longa luta da sociedade, as normas existentes, principalmente as que insistem em atribuir a esses relacionamentos as mesmas características do casamento, não são o resultado de compreensão, respeito e aceitação por todos aqueles integrantes de uma situação dialógica (FREITAG, 2005, p. 191). Elas não são provenientes das vias argumentativas que caracterizam o discurso, ou seja, não há “aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade” (HABERMAS, 2003, p. 172).

Ainda que, em verdade, a ordem social brasileira não esteja nem perto de alcançar esse ideal, seja em relação ao assunto aqui discutido, seja quanto a qualquer outro,

nunca se converterão em casamento por não ser essa a vontade de seus integrantes, assegurando-lhes a devida proteção como entidades familiares que são.



é certo que se poderia colocar a questão em discussão para que a lei resultasse de um discurso proveniente de toda a sociedade e não de uma imposição estatal daquilo que o Estado considera ser bom para os indivíduos, em franca contrariedade aos princípios do Estado Democrático de Direito²⁰¹.

Em tal circunstância, é mister indagar se a excessiva regulamentação estatal nesse âmbito não está a refletir resquícios indesejados do Estado Social, ou seja, uma regulamentação em que o Estado enxerga o convivente como um indivíduo incapaz de assumir a responsabilidade por suas próprias escolhas, sendo, portanto, imprescindível a criação de uma rede de proteção.

A intervenção estatal não pode, portanto, chegar a ponto de obliterar a manifestação de vontade das partes envolvidas. O legítimo interesse público (alegado por aqueles que defendem a equiparação como um avanço legislativo) deve respeito ao interesse privado, pois apenas no equilíbrio da tensão entre as esferas pública e privada é que se chegará ao autêntico Estado Democrático de Direito.

A igualdade deve representar respeito à diversidade e à autonomia da vontade, sob pena de retroceder-se a uma época em que o princípio da igualdade é “restrito àqueles que comungam de identidades homogêneas” (COSTA, A., 2005, p. 104).

Ademais, a aplicação do princípio da igualdade deve ser sempre contextualizada, levando-se em conta as peculiaridades próprias das situações em confronto, como preconiza Michel Rosenfeld:

todos, em abstrato, deveriam gozar da mesma igualdade ou direitos de liberdade. Na prática, no entanto, esses direitos não podem ser igualmente gozados a menos que sejam adequadamente moldados às diversas necessidades e circunstâncias com que se defrontam os seus beneficiários. Exatamente porque a igualdade requer mais a proporcionalidade do que a simples similaridade de tratamento, é necessário contextualizar e levar determinadas diferenças em conta. (2003, p. 73)

201 Para Habermas, o princípio da democracia que caracteriza o Estado Democrático de Direito significa “que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar assentimento de todos os parceiros do direito, num processo de normatização discursiva” (HABERMAS, 2003, p. 145).



| 7. *Autonomia privada, união estável e casamento*

Cuidou-se até agora da dicotomia que poderia existir entre liberdade e igualdade. Deve-se, contudo, para uma melhor abordagem do tema, enveredar mais precisamente sobre o tema da autonomia²⁰².

A vontade apresenta especial relevância no âmbito do direito, pois é um dos principais elementos dos atos jurídicos, com grande importância na criação dos direitos subjetivos, “sendo critério diferenciador dos fatos e atos jurídicos, e critério doutrinário de justificação desses mesmos direitos”, além de, pela sua manifestação, exercer-se o direito de liberdade, cuja dimensão jurídica se realiza subjetivamente no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas e objetivamente “no poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo direito” (AMARAL NETO, 1989, p. 212).

Esse direito de liberdade é o que se chama de autonomia, não se devendo confundir, todavia, autonomia da vontade e autonomia privada. Em verdade, a segunda é consequência da evolução do primeiro conceito.

Segundo a teoria da autonomia da vontade, o indivíduo obriga-se apenas por meio da manifestação de vontade e essa é suficiente para desencadear efeitos jurídicos, ignorando-se qualquer circunstância em que a essa tenha ocorrido e inexistindo limites para o exercício da liberdade.

A teoria da autonomia privada vai mais além, pois para ela a vontade não é o único fator determinante. Imprescindível que seja externada em consonância com o que for legitimamente previsto pelo ordenamento jurídico, obedecendo a todos os pressupostos de validade exigidos, uma vez que a mera manifestação de vontade, ainda que requisito do negócio jurídico, não é bastante para lhe conferir validade. Há, portanto, dois aspectos a serem considerados: o individual (autonomia privada) e o público (limitações estatais).

Assim, o poder do particular de criar normas jurídicas, com o objetivo de autorregulamentar seu comportamento e sua atividade, está restrito ao que lhe permite o ordenamento jurídico, a fim de que a eficácia negocial seja reconhecida e garantida pelo Estado (BORGES, 2005, p. 52-53).

202 Sobre uma evolução do conceito de autonomia, conferir RODRIGUES JÚNIOR (2004) e OLIVEIRA, U. (1997).



Não se advoga, por certo, nem autonomia da vontade, nem autonomia privada absolutas, pois a presença estatal, em inúmeros casos, mostra-se essencial para garantir o equilíbrio entre as partes e a proteção do indivíduo em sua relação com outros particulares e, no caso da união estável, foi imprescindível para o reconhecimento de seu *status* de entidade familiar, assegurando aos relacionamentos não-matrimoniais a devida dignidade.

Poder-se-ia falar, então, em uma autonomia privada da vontade²⁰³ (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 123), o que afastaria o individualismo contido na autonomia da vontade e o intervencionismo estatal inerente ao conceito de autonomia privada, para criar um conceito mais amplo de autodeterminação das relações privadas²⁰⁴ proveniente do direito fundamental de liberdade, não excluído do regramento estatal, mas seguindo uma tendência mais moderna e consentânea com as premissas defendidas neste trabalho de permitir a cada pessoa a escolha de seu próprio modo de vida²⁰⁵, como forma de realização do princípio maior da dignidade da pessoa humana, com o reconhecimento do valor absoluto do ser humano.

Assim, tem-se que a autonomia é princípio básico da ordem jurídica privada e não está presente apenas em questões negociais, ainda que o negócio jurídico seja tido por muitos como sua expressão máxima. Em se tratando de relações entre particulares, a regra deve ser a liberdade de atuação, sendo exceção a intervenção do Estado que crie obrigação, com a inserção de cláusulas automáticas (como ocorre em relação ao regime de bens das uniões estáveis).

Muito embora o principal âmbito de reconhecimento da autonomia privada seja o direito das obrigações, materializando-se por meio da realização de negócios jurídicos (BORGES, 2005, p. 47), trata-se de um princípio que deve ser entendido de forma ampla,

203 Rodrigues Júnior propõe esse termo como uma concepção social da autonomia privada, para possibilitar a integração do Direito e do negócio jurídico em um ambiente mais moderno, onde a função social será observada mas contextualizada (2004, p. 124-125). Adotou-se a expressão em um contexto diferente do negocial, buscando-se guardar, contudo, o espírito de evolução do conceito para adequá-lo a uma nova realidade social e jurídica, essencialmente plural.

204 Joaquim de Sousa Ribeiro distingue autonomia privada de autodeterminação. Autonomia privada seria “um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam. É, em termos etimológicos, uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada” (1999, p. 20). Autodeterminação, por sua vez, implicaria “o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesse, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências” (1999, p. 22).

205 Deve-se lembrar que, principalmente na Europa, há uma tendência ao repúdio da intervenção estatal no direito de família, com uma privatização cada vez maior desse ramo do direito. A esse respeito, MEULDERS-KLEIN (2002). A autora, embora identifique essa tendência, afirma que as relações familiares não poderão nunca ser apenas privadas, pois dizem respeito à toda sociedade civil (p. 617).



abarcando o poder geral de autodeterminação de uma pessoa, relativo ao uso, gozo e disposição de poderes, faculdades e direitos subjetivos, inclusive quanto à aquisição ou não desses últimos (CASTRO Y BRAVO, apud MARQUES NETO, 1985, p. 520). Cuida-se “da capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual”, uma vez que não cabe ao Estado, à sociedade ou à Constituição “estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores, as crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar”, pois “negar ao homem o poder de decidir de que modo vai conduzir sua vida privada é frustrar sua possibilidade de realização existencial” (SARMENTO, 2005, p. 168-169 e 182).

Assevera Perlingieri que a autonomia privada é o “poder, reconhecido ou entendido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como conseqüência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos²⁰⁶” (2002, p. 17).

Assim, ainda que muitos excluam o poder dispositivo, inerente à autonomia privada, do âmbito do direito de família²⁰⁷, esse existe em várias situações, como no que toca à escolha pela espécie de entidade familiar a ser formada²⁰⁸, ao regime patrimonial a ser adotado, ao planejamento familiar etc.

Na defesa da inexistência de autonomia privada na seara do direito de família, principalmente no que toca ao casamento e à adoção, Luigi Ferri (1969, p. 383-391) entende que não há separação entre o Estado e a família, senão mútua integração. Ademais, afirma que, concebendo-se a autonomia privada como “poder normativo”, nem o casamento, nem a adoção seriam atos normativos (negócios), mas apenas atos jurí-

206 Perlingieri afirma, ainda, que a autonomia privada não pode ser reduzida à garantia constitucional da iniciativa econômica privada, pois há inúmeras situações não-patrimoniais que devem ser consideradas, principalmente em face da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Assim, “não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade das pessoas). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quanto a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa. [...] A prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental” (2002, p. 18-19 e 275-276).

207 Francisco dos Santos Amaral Neto é enfático ao afirmar que não há autonomia privada no campo do direito de família (2002, p. 81.)

208 Ana Prata afirma que “o prevalecimento da noção de autonomia no conceito de negócio jurídico veio a traduzir-se no generalizar da sua aplicação a actos de conteúdo extremamente heterógeno, mas em que tal característica de liberdade de vontade era comum. Assim, que actos como o casamento, por exemplo, passem a ser vistos como negociais” (1982, p. 12).



dicos em sentido estrito, seja por não possuírem conteúdo patrimonial, seja porque os efeitos dos “contratos de direito de família” não seriam derivados da vontade, mas de um *status* do qual decorreriam os direitos e deveres.

O autor acrescenta, ainda, que o casamento e a adoção não recaem propriamente no âmbito do direito de família, haja vista que as relações de direito de família deles nasceriam, inexistindo, portanto, no momento da manifestação de vontade. O surgimento delas seria posterior, o que explicaria a absoluta liberdade para a prática de tais atos.

Para ele, o que falta para a vontade privada é o poder de regular o ato, o que bastaria para excluir seu caráter negocial.

Esse posicionamento, contudo, não parece ser o mais correto na atualidade. Ainda que se possa considerar que antes da manifestação da vontade não haja propriamente um estado familiar, o ato a ser praticado está totalmente voltado para a formação deste, devendo ser assegurado ao particular o mínimo de autonomia, pois há uma necessidade, “fundada na própria dignidade da pessoa humana e na tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do reconhecimento e proteção, pelo ordenamento jurídico, de um espaço irredutível de autonomia privada” (LUDWIG, 2002, p. 106).

Por outro lado, a autonomia privada, no âmbito familiar, é um conceito muito mais amplo que o mero reconhecimento da natureza negocial de alguns atos. Ela é inerente não só ao poder dos cônjuges de acordar a direção da vida familiar, mas também às “escolhas de vida dos indivíduos e do grupo, com incidência sobre questões que se referem à modalidade da existência” (PERLINGIERI, 2002, p. 302).

Jacques Commaille noticia que a família passa por uma evolução, podendo caracterizar-se a família contemporânea como individualista e relacional (*individualiste et relationnelle*), “centrada na revelação do indivíduo, da sua identidade no seio da rede familiar eleita onde impera o princípio da autonomia, em que os integrantes do casal são livres em conjunto [*libres ensemble*]” (2002, p. 20).

Continua o autor, citando Olivier Paye:

a relações sociais consistem em canais interindividuais que resultam de acordos (formais ou tácitos) *livremente deliberados* entre *indivíduos* perseguindo seus destinos singulares, concebidos segundo sua *própria determi-*



nação, através de canais individuais pelos quais são tidos como *individualmente responsáveis*²⁰⁹. (2002, p. 20)

Essa tendência de privatização²¹⁰ da família e do casal decorreria, entre outras razões, da mudança de *status* da mulher dentro da sociedade e nas relações familiares, pois essa passou a exigir um tratamento mais democrático, com isonomia sexual e emocional, tornando desnecessária a sua proteção como parte hipossuficiente dentro do casamento ou da união estável, fortalecendo a sua posição como indivíduo autônomo e com voz ativa nos rumos do relacionamento afetivo e da própria família.

Haveria um individualismo positivo a ser reclamado em nome de ideais democráticos. Assim, ao contrário da família tradicional, fundada sobre uma idéia de que os indivíduos deveriam se organizar privadamente da forma como o interesse geral demandava, a família contemporânea abre espaço para que seus membros possam determinar o próprio futuro de acordo com um ideal democrático, em que imperam a igualdade e a liberdade (COMMAILLE, 2002, p. 21-22).

Salienta Rainer Frank, todavia, que a redução da participação estatal nas relações familiares, com prevalência dos interesses individuais de cada um de seus membros, não pode ser totalmente dissociada do interesse maior da sociedade²¹¹.

O ordenamento jurídico deve, portanto, voltar-se para, em cumprimento ao disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, garantir às pessoas que pretendem viver em união estável o respeito à sua autonomia, a qual parece estar sendo negada com a insistência do legislador infraconstitucional em aproximá-la muitas vezes do

209 No original: "les relations sociales consistent en des conduites interindividuelles qui résultent d'accords (formels ou tacites) *librement délibérés* entre *individus* poursuivant leur destinées singulière, conçue selon leur *propre détermination*, au travers de conduites individuelles dont ils sont tenus pour *individuellement responsables*".

210 Rainer Frank sinaliza uma tendência na França e na Alemanha de desregulamentação do direito de família, em que se deixa à vontade dos cônjuges a determinação dos efeitos do casamento. As regras legais seriam apenas simples recomendações legislativas, a serem afastadas pela opção dos cônjuges (2002). Essa inclinação jurídica também é observada por Jean-Louis Renchon (2005, p. 25).

211 "La tendance à déréglementer la famille est souvent interprétée, à tort, comme un recul général du droit. Il est vrai qu'aujourd'hui plus que jamais, la famille fait preuve d'un encadrement juridique considérable et se caractérise par le divers droits subjectifs réciproques de ses membres. En effet, on ne peut envisager de déréglementer la famille que dans la mesure où ses membres sont capables de s'entendre sur un mode et projet de vie commun. Dans le cas contraire, le « repli de la famille sur elle-même » n'est plu de mise. Depuis que le modèle du mariage et de la famille — tel qu'il était conçu par le législateur du BGB — n'est plus d'actualité, la méthode de l'auto-régulation ne peut fonctionner que si les intérêts individuels de chacun des membres de la famille s'estompent derrière l'intérêt collectif. Or, cette conception ne correspond pas à l'esprit actuel de la société" (2000, p. 834-835).



casamento. Tal opção legislativa importaria supressão do poder de decidir, caracterizando-se por uma atitude paternalista do Estado e com vistas a negar a autonomia do indivíduo²¹² e, até mesmo, sua liberdade.

A Constituição Federal de 1988 tem uma flagrante preocupação com a efetividade das liberdades e com as condições materiais para seu exercício, o que pode ser percebido pelo extenso rol de direitos fundamentais e sociais nela elencados, incluindo-se a autonomia privada que é protegida de forma mais enfática quando se trata de questões existenciais da vida humana e de forma menos rígida quando envolve relações patrimoniais (SARMENTO, 2005, p. 205 e 207). A interpretação do dispositivo constitucional em tela deve considerar, portanto, essa tendência da Carta Magna de reconhecer cada pessoa como um fim em si mesmo.

Cumpre observar que a normatização do direito privado deriva de uma concepção do indivíduo como ser dotado de autonomia, pois prepondera um princípio de exclusividade, ao contrário do que ocorre no direito público, em que a ênfase maior recai sobre os princípios da igualdade e da publicidade.

A respeito desse princípio da exclusividade, lecionar Roxana Borges (2005, p. 95):

O sentido do princípio da exclusividade é muito mais amplo que a atual noção de privacidade ou de intimidade enquanto espécies ou tipos de direitos de personalidade. Assemelha-se mais à proteção da esfera de dignidade da pessoa contra a intromissão do Estado e da sociedade. Trata-se de uma idéia que tem como objetivo afastar a intervenção alheia das opções de vida feitas por um indivíduo no exercício de sua autonomia, para permitir-lhe exercer sua autonomia sem a intromissão alheia, seja de outras pessoas, do Estado ou da sociedade, exercendo sua faculdade, inclusive e principalmente, de ser e agir de modo diferente em relação aos demais indivíduos.

212 Gerald Dworkin (2001, p. 107) entende que o paternalismo implica usurpação do poder de decisão e acrescenta: "autonomy is a richer notion than liberty, which is conceived either as mere absence of interference or as the presence of alternatives. It is tied up with the idea of being a subject, of being more than a passive spectator of one's desires and feelings." O autor prossegue citando trecho do livro *Two concepts of liberty*, de Isaiah Berlin: "I wish my life and decision to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men's acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not anybody; a doer—deciding not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men...I wish, above all, to be conscious of myself as a thinking, willing, active being, bearing responsibility for his choices and able to explain them by reference to his own ideas and purposes."



Tal concepção mostra-se em acordo com os princípios do individualismo ético, defendidos por Ronald Dworkin, pois o Estado deve proceder de forma a garantir aos indivíduos o meio adequado para o exercício de suas opções, interferindo apenas de forma a evitar que excessos sejam cometidos.

Por certo, não se defende um retorno ao Estado Liberal, mas a presença estatal de forma apenas suficiente para garantir às uniões estáveis a proteção prevista no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, a qual pode ser conferida sem que haja a adoção irrestrita das regras próprias do casamento.

Não pode o Estado se intrometer de tal modo na vida privada dos indivíduos, a ponto de impor certos modos de vida íntima, pois apenas ao próprio particular cabe a escolha de como irá viver, sob pena de atentar-se contra a dignidade humana, valor também constitucionalmente protegido.

Afirma Pietro Perlingieri (2002, p. 254), ao tratar das uniões estáveis, que

a intervenção do legislador neste setor deve ser evitada; não somente porque a reflexão da doutrina e da jurisprudência sobre o tema ainda não está madura, mas também porque a mesma concepção da família não-fundada no casamento exige liberdade em relação a um enfoque dirigístico que freqüentemente configura, para os direitos da pessoa e para as liberdades pessoais, vínculos que não são necessários para uma correta, normal e civil convivência.

A contínua atitude legislativa, doutrinária e jurisprudencial que insiste na equiparação absoluta entre união estável e casamento demonstra a hipocrisia da sociedade que, por um lado, tenta mostrar-se progressiva ao tecer loas à Constituição que reconheceu a união informal de um casal como uma entidade familiar, mas que, por outro, mantém uma visão conservadora e retrógrada, ao demonstrar que apenas as regras do casamento são boas o suficiente para garantir uma adequada proteção aos companheiros.

A vontade do indivíduo que não opta pelo casamento é tão valiosa e importante quanto à daquele que decide constituir uma união formal e assim deve ser valorada pelo Estado. Do contrário, estar-se-á admitindo uma tirania estatal mascarada sob uma ape-



nas aparente proteção²¹³, uma vez que o exercício da autonomia nesse aspecto não viola qualquer direito de terceiro, nem prejudica o bem comum ou a paz jurídica da sociedade. Não há, portanto, justificativa para a intervenção estatal da forma como existe atualmente ou que acarrete a irremediável equiparação que ora se procura evitar²¹⁴.

Não há relações materialmente desiguais, como ocorre no direito do consumidor. Companheiros e cônjuges possuem uma situação jurídica e fática aproximadamente igual face ao Estado²¹⁵, inclusive em suas relações internas, inexistindo hipossuficiência. A autonomia privada de um, portanto, não invalida, nem prejudica a liberdade do outro, o que torna injustificável a interferência estatal para promover a equiparação, eis que essa é desnecessária para assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade dos envolvidos.

| 8. União estável: o Direito Constitucional de não casar

As seções precedentes foram desenvolvidas com o intuito de demonstrar que uma eventual equiparação doutrinária, legal e jurisprudencial da união estável ao casamento implicaria uma flagrante violação aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, principalmente em sua faceta autonomia privada.

Deve-se considerar, ainda, conforme ressaltado por Pedro Talavera Fernández (2001, p. 126), professor de filosofia do direito da Universidade de Valência, que, além de todos os princípios elencados, há um direito constitucional fundamental²¹⁶ de não casar que, se

213 “Livres devem ser os homens e as mulheres, para realizarem seus projetos de vida, e não o Estado ou a coletividade política, que não podem impor paternalisticamente aos não conformistas a adesão a um ideal, por mais nobres que sejam as razões invocadas” (SARMENTO, 2005, p. 178).

214 Argumenta Daniel Sarmiento que, no Estado contemporâneo, o foco da autonomia não deve ser a proteção do patrimônio individual, como preconizado no Estado liberal, mas a “esfera das decisões existenciais, de caráter afetivo, sexual, religioso, artístico, ideológico etc.” (2005, p. 186).

215 Quando se fala em situações iguais, quer-se dizer que tanto companheiros como cônjuges se mostram, em face do ordenamento jurídico, como pessoas capazes de exercer suas próprias escolhas, ou seja, como seres humanos auto-suficientes que não necessitam de tratamento especial, nem são hipossuficientes.

216 O autor cita o trabalho de E. Roca Trías (*Familia y cambio social – De la 'casa' a la persona*) para quem esse direito não seria reconhecido como fundamental. As premissas desenvolvidas por Roca Trías poderiam ser sintetizadas da seguinte forma: “Su carácter de no fundamental le configuraria como un derecho no absoluto, simples especificación del derecho más general de libertad del art. 17 CE (y no del derecho a la intimidad como se ha conceptualizado en Estados Unidos); en consecuencia, quedaría plenamente justificada y exigida la intervención del Estado en la regulación del mismo y el sometimiento de los dos individuos que lo contraen a las condiciones de edad, capacidad, heterosexualidad y forma establecidas para su ejercicio. Su consideración como derecho de libertad llevaría a calificar la imposición de una serie de consecuencias (similares o no al matrimonio a quienes han decidido convivir sin casarse, como una intolerable intrusión en el ejercicio de ese derecho



não for adequadamente protegido e garantido, resultará em ofensa ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito geral de liberdade conferido a todos os indivíduos.

Parte o professor de uma análise do artigo 32 da Constituição espanhola, que afirma que o homem e a mulher têm direito a contrair matrimônio em plena igualdade jurídica.

Embora a Constituição Federal brasileira não possua um artigo com redação similar, esse direito pode ser extraído do artigo 226 e do artigo 5º, I, quando se reconhece o casamento civil como meio de formação da família e quando se assegura ao homem e à mulher igualdade de direitos.

Esse direito ao matrimônio qualificar-se-ia como um direito subjetivo individual, a ser exercido desde que cumpridas as condições necessárias e estabelecidas na legislação ordinária, tais como idade núbil, capacidade, legitimação, consentimento válido etc.

Classifica Fernández o direito a se casar como uma liberdade/poder jurídico²¹⁷, pois os cônjuges têm o poder jurídico de afetar uma relação jurídica, produzindo um efeito jurídico determinado, qual seja a mudança de seu estado civil com a aquisição do *status* jurídico de casado, acompanhado de todas as conseqüências normativas decorrentes.

Essa liberdade/poder jurídico, contudo, é facultativa e os particulares têm a plena liberdade de exercê-la ou não. Como já se afirmou antes, cada indivíduo possui a faculdade de decidir por casar ou não casar.

fundamental. Por otro lado, puesto que no se trata de no derecho fundamental, no cabría conceptuarlo como derecho a optar por casarse o no casarse, de lo cual se deduce que el legislador no viene obligado a poner en vigor ninguna legislación al respecto de las uniones de hecho fuera de la precaución de no discriminarlas irrazonablemente" (2001, p. 127-128). Fernández contrapõe seu pensamento, afirmando que se trata de um direito fundamental porque "la práctica totalidad de los derechos fundamentales son especificaciones de los dos valores fuertes de nuestro ordenamiento, que son a la vez derechos y principios: la libertad y la igualdad. De manera que no existe oposición entre el carácter de derecho fundamental y su especificación como derecho de libertad o de igualdad. Del mismo modo, el desarrollo del matrimonio como el de cualquier otro derecho fundamental, exige la intervención del Estado que debe realizarse mediante una ley (ningún derecho es absoluto) cuyas previsiones vendrán limitadas por el respeto a su contenido esencial" (128).

217 O autor utiliza a classificação defendida por W. N. Hohfeld que aponta quatro conceitos jurídicos e seus respectivos opostos: direito subjetivo/não direito, privilégio/dever, poder (power)/incompetência (disability), imunidade/sujeição (liability). Apresenta, ainda, os correlativos jurídicos: direito subjetivo/dever, privilégio/não direito, poder/sujeição, imunidade/incompetência. (1968, p. 47). Afirma o autor americano que o sinônimo mais próximo de privilégio jurídico é liberdade jurídica (p. 63) e que só haveria um direito subjetivo, em sentido estrito, quando seu titular pudesse exigir de outrem um dever correlato (*passim*). Dessa forma, segundo Fernández, não se poderia chamar, dentro dessa doutrina, o direito de casar de direito subjetivo, mas sim de liberdade/poder (2001, p. 129-130).



Argumenta Fernández que

parece claro que o direito ao casamento, enquanto direito fundamental, deveria configurar-se como uma liberdade negativa e positiva, porque ninguém (com os requisitos de capacidade necessários) pode ser compelido, impedido ou coagido a contrair o matrimônio; e, ao mesmo tempo, o poder público tem obrigação de prover um regime jurídico e os mecanismos institucionais para que esse direito possa ser exercido eficazmente²¹⁸. (2001, p. 131).

Fernández (2001, p. 134 e 136) classifica essa liberdade, dentro da Constituição espanhola como uma permissão constitucional, o que implicaria uma proibição de interferência dirigida ao legislador e às autoridades em geral, acompanhada de um juízo de valor inerente, que, segundo o autor, poderia ser a concepção de que o modelo matrimonial é o mais adequado, do ponto de vista social e jurídico, para regular as relações de um casal.

Seria, portanto, inconstitucional qualquer ato com a finalidade de obrigar alguém a casar ou não casar, que dificultasse o exercício de quaisquer dessas opções ou que impedisse o exercício livre e desembaraçado da opção escolhida.

Por outro lado, não seria indiferente para o ordenamento jurídico a opção individual. Aqueles que optassem pelo casamento, no livre exercício de uma liberdade constitucional, estariam escolhendo um modelo normatizado pelo Estado e valorado como o mais adequado. Aqueles que se decidissem por não casar estariam escolhendo um modelo normativo diferente do existente para o casamento, pois, inerente à preferência demonstrada, estaria a vontade de não se enquadrar no protótipo desenhado para uma relação formal.

Mantendo sempre em vista o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, mostra-se necessário que haja um modelo jurídico destinado às uniões estáveis, vedando-se qualquer prática legislativa que inviabilize o exercício dessa liberdade ou que force o casal a viver dentro das regras do matrimônio.

218 No original: "Parece claro que el derecho al matrimonio, en cuanto que derecho fundamental, debería configurarse como una libertad negativa y positiva, por cuanto nadie (con los requisitos de capacidad necesarios) puede ser interferido, obstaculizado o coartado para contraer matrimonio o no hacerlo; y, al mismo tiempo, el poder público tiene obligación de proveer un régimen jurídico y unos mecanismos institucionales para que tal derecho pueda ejercerse eficazmente".



Na esteira desse raciocínio, Fernández (2001, p. 138) defende a existência de um direito constitucional fundamental de não casar como dimensão passiva do próprio direito ao matrimônio, pois as permissões constitucionais abarcariam não apenas o direito de fazer algo, mas também de não fazer.

Transferindo esse entendimento para o nosso ordenamento jurídico, deve-se observar que, embora não haja uma disposição permissiva explícita sobre o casamento, como ocorre na Constituição espanhola, é perfeitamente possível reconhecer no âmbito constitucional brasileiro que o texto constitucional abriga a liberdade de casar ou não casar, principalmente quando admite expressamente que as uniões estáveis constituem um modo legítimo de formação de família. Há, portanto, uma permissão, ainda que não estruturada como tal, para que os casais se organizem matrimonialmente ou não.

O mesmo ocorre com a liberdade de crença religiosa e de associação, pois, da mesma forma como se pode praticar uma religião ou se filiar a uma associação, a Constituição garante o mesmo respeito e consideração àqueles que não desejam professar qualquer religião ou que não desejam fazer parte de uma associação.

Como assevera Fernández (2001, p. 139), “essa vertente ‘passiva’ dos direitos não é mais que uma consequência da prevalência do direito geral de liberdade que gozam todas as pessoas²¹⁹”. É um reflexo da liberdade-autonomia que permite a cada indivíduo criar o seu espaço pessoal, onde pode livremente desenvolver sua personalidade, sem estar sujeito à ingerência de outras pessoas, da sociedade e do Estado.

Para a preservação desse direito, garantido até mesmo pelo artigo 5º, II, da Constituição Federal, não se pode admitir que a legislação ordinária sirva como meio para reprimir as formas de vida diferentes ou contrárias à da maioria. Como já se disse antes, atribuir às uniões estáveis o mesmo estatuto do casamento significa entender que a única forma de proteção adequada dessa espécie de entidade familiar é pelo casamento, ou seja, apenas o casamento é bom.

Deve-se ter em mente que a diferença nem sempre é ruim. Muitas vezes, ela é apenas diferente. Assim, admitir que o estatuto jurídico da união estável seja diverso daquele existente para o casamento é um modo de o Estado criar opções jurídicas para

219 No original: “esta vertiente ‘pasiva’ de los derechos no es más que una consecuencia de la prevalencia del derecho general de libertad de que gozan todas las personas”.



seus cidadãos, que, optando por essa ou aquela forma, serão obrigados, entretanto, a arcar com as conseqüências de suas escolhas.

A insistência estatal na equiparação é uma demonstração de paternalismo, absolutamente desnecessário, pois cada pessoa deve ser livre para decidir pelo casamento ou pela união estável. A partir do momento em que se mostra capaz de exercer sua escolha, deve também ser capaz de suportar os ônus dela decorrentes. Se o cidadão não tem condições de aceitar tal responsabilidade, tem-se que não pode ser capaz para gozar da liberdade que lhe é assegurada.

O Estado plural, portanto, tem o dever de proteger as liberdades dos indivíduos tanto em sua dimensão ativa, como na passiva, pois é na defesa recíproca de tais direitos que ambas se fortalecem. Como afirma Fernández (2001, p. 141), “estabelecer uma permissão constitucional para realizar X quando a única possibilidade de agir nesse sentido é fazer X resultaria em um absurdo. [...] ter o direito de praticar uma religião tem algum valor e algum significado concreto se há a perspectiva da existência de um direito de não a praticar²²⁰”.

Mister reconhecer que o próprio titular do direito tem interesse em que se garanta a liberdade de não o exercer ou de exercê-lo de forma diferenciada, pois isso significa o respeito à sua concepção pessoal de mundo e à sua livre decisão de optar por um determinado modo de vida (FERNÁNDEZ, 2001, p. 142).

Fixado o direito de não casar como uma dimensão passiva do direito de casar, Fernández (2001, p. 157) afirma que a sua existência como direito fundamental supõe a conjugação de três aspectos essenciais: a criação de um regime jurídico para as uniões estáveis; a impossibilidade de que esse regime seja o mesmo do casamento, sob pena violar-se o fundamento básico desse direito, transformando a relação informal em casamento; o dever do legislador de evitar discriminações em aspectos necessários para o desenvolvimento da vida a dois, descartando-se toda coação direta ou indireta para contrair matrimônio como condição para a aquisição de bens essenciais.

220 No original: “estabelecer un permiso constitucional a realizar X cuando la única posibilidad de actuar en ese sentido es hacer X, resultaría absurdo. [...] tener derecho a practicar una religión, tiene algún valor y algún significado concreto desde la perspectiva de que existe el derecho a no practicarla”.



Não se nega, portanto, a necessidade de que regras sejam estabelecidas para as uniões estáveis, como já vem ocorrendo desde a Constituição de 1988. Repudia-se, entretanto, que essa regulamentação seja a mesma do casamento. Como salienta Fernández há

um limite *externo*, que é imposto pelo regime jurídico do matrimônio, o qual a união de fato não pode suplantar por meio de uma espécie de segundo modelo de matrimônio, que significaria a paradoxal possibilidade de casar os conviventes, independentemente de sua vontade de não casar, violando por completo o conteúdo básico do direito a não se casar. É precisamente a proteção da vontade não matrimonial dos conviventes que impõe a impossibilidade de o estatuto jurídico da união de fato ser equivalente ao do matrimônio. Definitivamente, carece de sentido matrimonializar a união de fato²²¹. (2001, p. 160)

Dessa forma, o conteúdo do direito de não casar supõe a legitimidade para rechaçar a imposição de normas próprias do casamento²²², pois o conteúdo mais básico do direito de não casar é a liberdade de decidir as condições patrimoniais e pessoais que orientarão a convivência.

Assim, esse direito seria violado também todas as vezes que jurisprudencialmente e por meio da legislação ordinária se realizasse uma equiparação em que houvesse a aplicação compulsória das regras do matrimônio, como se faz com a imposição de deveres no artigo 1724, do Código Civil, pois o direito a não casar “supõe, efetivamente, a capacidade de estabelecer uma relação afetiva estável, não fundamentada nas formalidades ou nas obrigações *ope legis*, sem ser discriminado em relação aos que se casam²²³” (FERNÁNDEZ, 2001, p. 163).

221 No original: “un limite *externo*, que viene impuesto por el régimen jurídico del matrimonio, al que la unión de hecho no puede suplantar a través de una especie de segundo modelo de matrimonio, que significaría la paradójica posibilidad de casar a los convivientes, con independencia de su voluntad de no casarse y que conculcaría por completo el contenido básico del derecho a no casarse. Precisamente la protección de la voluntad no matrimonial de los convivientes es la que impone que el estatuto jurídico de la unión de hecho no pueda ser equivalente al del matrimonio. En definitiva, carece de sentido matrimonializar la unión de hecho”.

222 Afirma Carolina Marrero (2006, p. 45): “la convivencia *more uxorio* presenta similitudes con la convivencia matrimonial; pero, es claro que la unión de hecho no es matrimonio, pues carece de la solemnidad por al que hombre y mujer crean una unión legal en virtud de la cual se comprometen a convivir y a cumplir ciertos deberes que derivan del acto contraído”.

223 No original: “supone, en efecto, la capacidad de establecer una relación afectiva estable, no fundamentada en las formalidades o en las obligaciones *ope legis*, sin ser discriminado sobre quienes se casan”.



Convém observar que não há qualquer sentido em falar em dever de guarda, sustento e educação dos filhos, nem no âmbito da união estável, nem em relação ao casamento, uma vez que são obrigações decorrentes do poder familiar e não da espécie de relacionamento existente entre os pais.

Quanto aos demais “deveres” de lealdade, respeito e assistência, não haveria qualquer necessidade de sua imposição legal, mesmo porque sua violação não acarreta qualquer conseqüência interna ao relacionamento. Em verdade, cuida-se de pressupostos empíricos da realidade da convivência *more uxorio*, decorrentes da própria estabilidade inerente a esse tipo de relacionamento, sem os quais se reduz a voluntária vivência dessa dimensão pessoal da relação (FERNÁNDEZ, 2001, p. 164).

Acrescente-se, na mesma esteira de pensamento, que a imposição de um regime de bens só pode ocorrer no casamento, quando esse é assumido expressamente pelos cônjuges por um compromisso jurídico específico. Na união estável, nada impede, todavia, que, em contrato próprio, como prevê o artigo 1725, do Código Civil, os conviventes claramente optem pelo regime patrimonial oficial do casamento. O que viola o direito de liberdade e o direito constitucional de não casar, no aspecto patrimonial do relacionamento, é a adoção compulsória do regime da comunhão parcial.

Dessa forma, cabe ao Estado o dever de proteger e respeitar a união estável, como determina o próprio § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, promovendo medidas destinadas a garantir o desenvolvimento da convivência afetiva própria dessa espécie de entidade familiar. Deve, portanto, envidar esforços para prover as necessidades derivadas da convivência como família.

Assim, garantem-se aos conviventes em igualdade de condições com os cônjuges o acesso a programas governamentais de auxílio e de assentamento de pessoas, os benefícios sociais, fiscais e previdenciários, a possibilidade de visitas conjugais em caso de recolhimento do companheiro em estabelecimento prisional, o deferimento de licenças no serviço público para acompanhar o companheiro ou para dele cuidar em caso de doença etc.

Não se pode, todavia, admitir que o mesmo estatuto jurídico interno do casamento seja atribuído à união estável, sob pena de equiparar-se essa em tudo ao matrimônio, violando-se o direito constitucional de não casar.

Conclusão

Afirma Dworkin que não se pode interpretar liberdade e igualdade em separado. É necessário, dentro do possível, que uma seja analisada à luz do que se pensa sobre a outra. Os conceitos, à vista dos princípios do individualismo ético, são interdependentes (2005), pois a liberdade é necessária para a igualdade e para qualquer processo interpretativo em que se pretenda fazer valer essa última (2002, p. 122).

Com o presente trabalho, buscou-se demonstrar a correção de tal assertiva, bem como que, em nome da integridade que deve informar o direito, a melhor interpretação²²⁴ que se pode fornecer do artigo 226, 3º, da Constituição Federal é aquela em que liberdade e igualdade são harmonizadas²²⁵.

Não se pretendeu encontrar uma única resposta²²⁶, mas, dentro das interpretações possíveis, aquela que se considera a que melhor realiza os princípios da liberdade, da autonomia, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, necessários para que se compreenda de forma adequada a disposição constitucional que trata das uniões estáveis. Buscou-se conferir eficácia interpretativa (BARCELLOS, 2008, p. 94-102) à legislação ordinária em face dos referidos princípios.

224 "Portanto, se tivermos em mente a exigência de *Integridade* do direito (que se cumpre, antes de mais nada, de forma interpretativa), os princípios devem ser concebidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem enumerados *previamente* ao caso concreto, nem hierarquizados (Günther, 1993: xvii), e que podem excepcionar a aplicação de outros direitos, vez que, não podendo permanecer concorrendo uns com os outros no caso concreto, caso se deseje respeitar a *Integridade* do direito, às vezes não podem ser temporaneamente aplicados. Portanto, antes que uma questão de avaliação (valores), a questão é uma questão hermenêutica acerca do que é relevante para se atingir uma decisão justa (vale dizer, que respeite a Integridade) no caso concreto" (GALUPPO, 1999, p. 200).

225 "A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato que nossa identidade é uma identidade pluralista" (GALUPPO, 1999, p. 209).

226 Nesse aspecto, não se compartilha da doutrina de Dworkin sobre a existência de uma única resposta correta para os casos difíceis (*hard cases*), pois se considera que o processo interpretativo, por mais que não se deseje, sempre estará imbuído de um elemento volitivo por parte do intérprete, ao menos quanto à escolha das premissas que se consideram importantes para o deslinde da questão, pois o ponto de partida estará a depender principalmente da concepção da finalidade da ordem jurídica, do direito e do papel do Estado em sua instrumentalização.



Essa procura pelo equilíbrio é própria dos liberais modernos²²⁷ que associam o pluralismo “à compreensão das democracias contemporâneas como sociedades onde há uma multiplicidade de concepções individuais a respeito do bem”, razão pela qual “o ideal de justiça delineado busca assegurar a cada indivíduo a realização de seu projeto pessoal de vida” (CITTADINO, 2000, p. 5).

Consoante as premissas adotadas, mostra-se inviável, portanto, a aceitação da equiparação plena entre união estável e casamento²²⁸.

Convém observar que os direitos (*rights to certain freedoms*) inerentes à liberdade (*liberty*) devem ser restritos apenas quando há justificativas especiais e mais fortes do que as que existem para a limitação de outras liberdades não protegidas por eles (*freedom*)²²⁹.

Dentre os direitos a liberdades inerentes ao princípio da liberdade está o de escolher a concepção de família que melhor atenda aos anseios do casal. Exerce-se um direito de liberdade quando se opta seja pelo casamento, seja pela união estável.

Tratar as opções realizadas de forma diferenciadas não implica ofensa ao princípio da igualdade²³⁰. Observe-se que não se cuida aqui de circunstâncias que não podem ser evitadas ou que atinjam o âmago da pessoa.

227 Como Dworkin e John Rawls.

228 Nesse sentido, além dos diversos autores citados ao longo do trabalho, Nagib Slaibi Filho (2005, p. 461), Teresa Arruda Alvim Pinto (1993, p. 90). Carolina Mesa Marrero (2006, p. 73), além de afirmar sua posição pessoal no sentido da impossibilidade de equiparação, cita diversos outros autores espanhóis que adotam a mesma linha de pensamento, tais como González Porrás, Alonso Pérez, Valpuesta Fernández e García Más.

229 Vide nota 142.

230 Ainda que haja autores que afirmem a nítida preferência constitucional pelo casamento como instituição paradigmática, sem, contudo, menosprezar a existência de outras formas de entidade familiar. A esse respeito, afirma Eduardo de Oliveira Leite (2005c, p. 181-182): “O casamento continua sendo o paradigma básico prestigiado pelo texto constitucional, sem desconsideração das outras formas de conjugalidade (ditas, entidades familiares) que ganham relevo especial nas figuras da união estável e das famílias monoparentais. Ou seja, o constituinte revaloriza a família estruturada no casamento, mas em nítida postura moderna e atual, não se descuida das outras formas de acesso à conjugalidade. Desvinculando-se da opção meramente matrimonial, guinda a união estável ao *status* constitucional, em prova manifesta de democratização do processo jurídico”. Francisco Paschoal complementa essa idéia (2005, 81-90): “O texto constitucional ampliou o raio de proteção, forçando doutrina e jurisprudência a alterarem a natureza jurídica da união estável, anteriormente entendida como sociedade de fato para, então, aplicar-lhe as regras do direito de família. E levar tal regra em consideração nos faz crer que, para a necessária harmonização social, não se poderá dotar a união estável de privilégios, é dizer, os direitos reservados aos conviventes não deverão ser mais amplos que aos cônjuges, mas equilibrados, seguindo o princípio da equidade; o que não significa que haja equiparação entre casamento e união estável, conforme pontifica GLANZ (1992: 206). [...] Importante frisar que o objetivo do constituinte, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, era o de garantir a disciplina legal dessas sociedades formadas pelo afeto, inclusive quanto ao patrimônio formado. Mas decididamente a família contemporânea não



Exerce-se uma opção de vida dentre aquelas que são possíveis no âmbito de nosso ordenamento jurídico. Ninguém é obrigado a viver em união estável ou a casar. Ao reavaliar a escolha, está o casal vinculado às suas conseqüências. Por exemplo, se deseja um estatuto sucessório mais favorável em determinada situação de fato, deverá sopesar qual a forma de organização familiar que melhor atende às suas necessidades: a união estável ou o casamento²³¹. Optando por viver em união estável, deverá estar ciente de que alguns direitos não lhe serão atribuídos, como o direito real de habitação sobre a residência do casal ou o de herdar os bens particulares do falecido, caso haja descendentes²³².

possui, por função, fins patrimoniais. Por isso, garanti-los em excesso, como fazem aquelas leis especiais, afronta o princípio constitucional de igualdade. Nesse passo, seria muito mais vantajosa a união estável, do ponto de vista econômico, do que o ato civil do casamento (nesse sentido, E. B. Oliveria *apud* PEDROTTI, 2002: 289/290). Em última análise, significaria a coroação da iniquidade de tratamento. [...] Por óbvio, as normas do casamento, conforme afirmou Sebastião José de Oliveira (2002:210), devem servir de modelo e de limite à união estável [...] Se o judiciário vier a aplaudir o excesso, malgrado sua previsão normativa, fomentará o companheirismo em detrimento da união formal, constituída pelo casamento (essa sim, adotada como modelo, como paradigma, pelo sistema), o que, em última análise, poderia provocar o desmoronamento do moderno direito de família."

- 231 Nesse sentido, a lição de Díez-Picazo: "Le plupart des demandes en faveur d'une régulation juridique, qui ont pu apparaître dans les medias ou ailleurs, prennent argument sur le principe d'égalité énoncé par l'article 14 de la Constitution, voire même sur l'article 10 qui reconnaît le droit au libre développement de la personnalité. Ce dernier principe est un garde-fou dressé par le Constituant contre un législateur qui aurait pu tenter de restreindre le droit au libre développement de la personnalité, mais on ne peut le comprendre comme un véritable droit subjectif. Dans le cas contraire, il faudrait craindre que Ángel Ganivet dans son *Idearium español* ait eu raison en affirmant que la plus grande aspiration des citoyens serait une Constitution résumée à un seul article : « Le citoyen espagnol est autorisé à faire tout ce qu'il voudra ». Le fondement tiré du principe d'égalité ne paraît pas davantage recevable. Cela est vrai pour tous les couples hétérosexuels à qui il suffirait de dire : **si vous voulez une protection légale, allez vers l'institution qui vous la garantit le mieux et qui existe déjà**. Qui s'entend bien compris : ce que les lois modernes appellent pudiquement l'orientation sexuelle relève de la vie privée et du droit à l'intimité. Bien entendu ces droits doivent être protégés et les demandes de biens des couples ainsi formés doivent être accueillies. Mais l'égalité, c'est autre chose. Sur le plan constitutionnel, le mariage jouit d'une protection spécifique précisément parce qu'il remplit une fonction sociale, fonction qui n'existe pas dans les autres formes d'unions quelle qu'en soit la nature. Mettre à égalité le mariage avec d'autres formes d'unions revient en effet à estomper les contours de l'institution matrimoniale dont les sens est déjà fort différent selon qu'il s'agit de couples mariés avec ou sans enfants". (2002, p. 418) (grifo nosso)
- 232 Pedro Fernández (2001, p. 173) defende que o casamento possa ter vantagens que não sejam outorgadas à união estável: "1º Podría afirmarse que el Estado social y democrático de Derecho aspira a crear un modelo de sociedad basado en la solidaridad, cuyos miembros asuman deberes y responsabilidades de cuidado recíproco, más allá de las obligaciones que adquieren por la vía contractual (superando el instinto egoísta del liberalismo que incluso utiliza la solidaridad como medio para obtener sus correspondientes beneficios). La condición de miembro pleno de una comunidad, como ha recordado De Lucas, incluye la fundamentación de un deber general de asistencia que compete a todos los ciudadanos, como parte integrante de un concepto de ciudadanía activa. 2º La opción matrimonial ha sido configurada jurídicamente como la realización de ese valor solidaridad en las relaciones de pareja. Se trata de compartir vida, bienes, y destino con otra persona. Elegir el matrimonio supone asumir formalmente el compromiso del cuidado, la ayuda, el socorro, la sustentación, etc. de otra persona, en las condiciones establecidas por el Derecho a tal efecto. 3º De este modo, el matrimonio, no sólo presupone la convivencia marital con otra persona, sino que exige necesariamente la asunción de un compromiso recíproco de solidaridad (en lo personal y en lo patrimonial) en los términos legales previstos. Negarse a asumir ese compromiso es incompatible con la concepción constitucional y legal del matrimonio. Y



Não é o mesmo que realizar uma distinção jurídica com base na cor da pele, na raça ou no sexo. Tais características independem de uma opção pessoal.

Por outro lado, observar-se-á o princípio da igualdade quando proteger a liberdade implicar tratar todos os cidadãos com o mesmo respeito e consideração (DWORKIN, R., 2002, p. 128), o que no caso concreto pode muito bem ser traduzido por respeitar as escolhas realizadas pelos casais e não reduzir suas expectativas àquelas próprias do casamento. Ao assim proceder, não se estará afirmando que as vidas das pessoas casadas são mais importantes do que as daquelas que vivem em uniões estáveis, apenas se afirma que são vidas diferentes que devem ser tratadas à luz de tais distinções e das escolhas realizadas por aqueles que decidem dessa forma. Somente com esse entendimento é que se assegurará igual respeito e consideração.

Como já dito alhures, o princípio da igualdade traz em seu bojo a presunção de liberdade de escolha, necessária à sua harmonização com o princípio da liberdade e não tem por finalidade fazer igualmente fáceis as vidas de todos, pois a facilidade dependerá sempre das opções que forem realizadas ao longo do tempo.

A união estável deveria, portanto, ser uma alternativa para o casamento²³³. Deveria ser uma forma de o Estado celebrar a pluralidade, criando para os cidadãos um ambiente propício para que exerçam sua liberdade. Esse parece ter sido o rumo adotado pela Constituição.

Poder-se-ia dizer que a Carta Magna abriu uma porta que antes se encontrava trancada. O legislador ordinário, por sua vez, fechou novamente essa porta ao afirmar para os conviventes, em boa medida, que a única forma de fornecer-lhes proteção estatal seria por um regime quase idêntico ao do casamento.

Mariano Grondona (2000, p. 43), professor e jurista argentino, ao tratar da obra de Adam Smith e dos exemplos retirados de Epicteto, reproduz passagem que, de certo modo, pode ser aplicada à premissa em debate:

es precisamente la asunción formal de esos deberes lo que justifica determinadas ventajas y beneficios ligados exclusivamente a dicha condición”.

- 233 A necessidade pessoal de quem casa é diferente daquela de quem vive em união estável. Rainer Frank observa que o casamento é um fenômeno social, que decorre da necessidade do homem de oficializar sua mudança de estado civil perante seus pares. Seria uma necessidade humana e não uma fonte utópica de moralidade pública (2002, p. 7).



diz-me o tirano que não posso viver em Atenas. Aceito. Diz-me que não posso viver em Roma. Aceito. Manda-me viver numa casinha no Egeu. Aceito. A casa está enfumaçada. Se não aceito, posso ir para outra casa, onde há fumaça e na qual o tirano não manda. A porta dessa outra casa sempre está aberta. Portanto não te queixes: porque se continuas te queixando é porque preferes ficar na casa de tua vida e se continuas nessa casa é porque continuas preferindo isso mesmo que te queixas.

Conclui o referido autor, observando que sempre há uma última liberdade que não pode ser retirada: a liberdade de sair da vida (2000, p. 43).

Ora, no caso em apreço, diz o Estado que há um direito de casar. Se não se deseja casar, há a porta aberta da união estável, há um direito constitucionalmente assegurado de não casar. Se essa é escolhida, contudo, cai-se no casamento. Onde está, portanto, essa última liberdade de sair de um determinado enquadramento jurídico para outro, liberdade essa que é aventada como uma das características da convivência *more uxorio*? Parece existir apenas uma pseudoliberdade.

Defende-se, portanto, que a realização dos princípios já elencados exige um tratamento diferenciado para união estável e casamento. Não se nega que haja pontos de contato, como a necessidade de um direito a alimentos, decorrente não de um dever de mútua assistência imposto pelo Estado, mas de um dever de solidariedade oriundo da relação de afeto que une os conviventes.

Repudiam-se, todavia, equiparações que não se mostram essenciais para que a união estável seja reconhecida como entidade familiar e que, em verdade, violam o princípio da autonomia privada.

Assim, em que pese esse trabalho concluir pela natureza contratual do casamento, é certo que independentemente da teoria adotada, o principal requisito para a sua formação é a manifestação expressa do consentimento, sem o qual não se pode nem ao menos falar em matrimônio.

No caso da união estável, viu-se que não há um momento específico em que se verifique a existência de declaração de vontade que possa certificar o início da convivência *more uxorio*.



Por outro lado, para a sua configuração, a lei não exige que eventual manifestação de vontade seja expressa, ao contrário do que ocorre no casamento, em que não se aceita vontade tácita. Em verdade, não é requisito de existência, validade ou eficácia da união estável o consentimento.

Inexistindo uma declaração de vontade expressa e qualificada, a união estável não pode ser tratada como um casamento.

Essa diferença nas características estruturais de ambos os institutos demonstra que não é aceitável pretender aplicar às uniões estáveis o mesmo regime jurídico do casamento, eis que os envolvidos não externaram consentimento para tanto.

Por outro lado, as solenidades exigidas para o casamento refletem o fato de que as pessoas não decidem pelo matrimônio sem antes sopesar as conseqüências. A burocracia que envolve as núpcias propicia a ponderação racional do compromisso que se estará assumindo e impede que a decisão seja implementada de uma hora para outra de forma leviana, mesmo porque exigirá do casal, em condições normais, um prazo de pelo menos dois ou três meses para que a habilitação seja concluída.

A união estável, ao contrário, muitas vezes é utilizada como uma forma de se verificar se o relacionamento possui condições de sucesso e as pessoas nela ingressam sem pensar duas vezes, até mesmo pela facilidade com que pode ser desfeita.

Há uma nítida diferença de propósito inicial.

A promoção de uma interpretação isonômica de tratamento estará, portanto, violando o princípio da autonomia privada, expressão do princípio da liberdade, além de proceder em desconformidade com o preceituado no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, cuja leitura não permite uma equiparação absoluta entre duas categorias similares, mas diversas.

Essa advertência já fazia Francisco Cahali, ao afirmar

transformar o fato jurídico em ato jurídico é, sem dúvida, subverter a essência desta figura, o que, ao lado das objeções pela similitude ao matrimônio, ao arrepio da intenção dos conviventes, chega a afrontar o próprio § 3º do art. 226 da Constituição Federal, pois nele se contém, enquanto norma de



princípio institutivo com caráter impositivo, o comando à lei para facilitar a conversão da união estável em casamento civil. Criar uma nova categoria nas idênticas condições e observadas “as mesmas normas de ordem pública atinentes ao casamento” parece realmente sugerir um casamento em segundo plano, alheio à vontade do constituinte.

Com efeito, união estável e casamento são institutos distintos, na sua gênese e na sua forma. E, como tais, não merecem regulamentação idêntica, pelo contrário, devem ser tratados, nesse aspecto, de modo a serem marcadas as respectivas distinções.

Não se pretende retroagir no tempo quanto ao deferimento de direitos aos concubinos, e até mesmo negar o proveitoso avanço da Constituição Federal ao institucionalizar a união estável, mas observar que o Estado, incluído aqui o legislador, deve limitar sua atuação na previsão de efeitos do concubinato, sem promover a interferência na sua constituição, que, na essência, continua sendo um fato jurídico, não um ato jurídico. (2002, p. 44-45)

Ademais, não se pode admitir que a interpretação constitucional venha a limitar o conceito de entidade familiar àquelas vinculadas ao casamento, o que iria ocorrer se se entendesse que a união estável somente estaria adequadamente protegida se a sua regulamentação fosse idêntica à dos matrimônios.

Como bem ressaltado por Heloísa Helena Barbosa, se assim fosse, também os efeitos do casamento deveriam ser atribuídos às famílias monoparentais, eis que se cuida de uma entidade familiar (1993, p. 133). Em verdade, entidade familiar é um gênero do qual são espécies o casamento, a união estável e as famílias monoparentais, cada um devendo ser regulamentado de acordo suas peculiaridades e em face das opções políticas realizadas pela própria Constituição Federal.

Assim, o reconhecimento da união estável como entidade familiar não é colocado em risco pelo simples fato de parte da proteção estatal se realizar de modo diferente do que ocorre com o casamento. Muitas vezes, os mesmos direitos serão reconhecidos. Tem a união estável, como entidade familiar, o mesmo direito de instituir bem de família voluntário que as famílias matrimoniais. Terá também à sua disposição a proteção da Lei 8.009/90, bem como a possibilidade de adoção em conjunto (art.1618, parágrafo único do Código Civil) e de realização de planejamento familiar (Lei 9.263/96).



Não se mostra desarrazoado, contudo, que em alguns aspectos haja um tratamento diferenciado. Um bom exemplo é a questão patrimonial.

Nessa seara, muito se criticou a Súmula 380/STF quando aplicada às relações familiares, podendo-se falar até mesmo em “demonização” do seu preceito, pois consideraria as relações afetivas como exclusivamente patrimoniais²³⁴.

Ainda que se concorde com aqueles que sustentam a repersonalização das relações de família, é óbvio que muitas delas encerram claro conteúdo patrimonial²³⁵ e não há pecado em reconhecer que nem todos os efeitos de uma relação de afeto são apenas pessoais. Duas pessoas não adquirem patrimônio em conjunto apenas porque “se amam”. Ao contrário, qualquer aquisição patrimonial tem conteúdo econômico, inexistindo um problema em se tratar esse aspecto da relação afetiva pelo que ele é: patrimonial.

O que não se pode admitir é uma idealização tal das relações familiares que se fique cego ao verdadeiro conteúdo de determinados efeitos por elas produzidos. Assim, a aplicação da Súmula 380/STF a relações familiares ou a opção legislativa por outra espécie de regramento não deve ser vista como uma negação do caráter afetivo desses relacionamentos, mas como a análise séria de uma faceta que encerra para qualquer entidade familiar uma união de esforços para a aquisição de patrimônio comum.

Ora, a rejeição da Súmula 380/STF para as uniões estáveis decorre de um falso sentimento de necessidade de equiparação ao casamento e de uma impropriedade em sua redação, uma vez que ela fala em sociedade de fato. Caso esse termo fosse expurgado e sua redação fosse algo como: “comprovada a união estável entre duas pessoas, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, na medida da participação de cada um, seja ela em espécie ou não, a fim de evitar o enriquecimento sem causa” talvez a reação da doutrina não fosse tão forte.

234 Por essa razão, Paulo Lôbo afirma que a Súmula padeceria de insuperável defeito de origem. (2002, p. 50).

235 Cláudia Grieco Tabosa Pessoa aponta como efeitos jurídicos patrimoniais das uniões estáveis: “1) efeitos patrimoniais relacionados ao direito de família: 1.1.) o direito a alimentos, e 1.2.) o regime de bens entre os conviventes; 2) efeitos patrimoniais relacionados ao direito obrigacional, que se subdividem em duas espécies: 2.1) obrigações derivadas de atos lícitos: a) os serviços prestados pelos concubinos, b) a formação da sociedade de fato, c) as liberalidades, d) a locação predial urbana; e) as obrigações decorrentes dos negócios jurídicos patrimoniais, e 2.2.) obrigações derivadas de atos ilícitos: a) a indenização por ato ilícito de terceiro e acidente do trabalho; por fim, 3) os efeitos relacionados ao direito das sucessões.” (1997, p. 67).



União estável não é casamento. Incompreensível, portanto, que apenas a adoção do regime da comunhão parcial de bens seja boa o suficiente para que se atenda ao preceito constitucional de proteção estatal aos conviventes²³⁶.

Certamente, mostra-se mais conveniente para o Poder Judiciário assumir uma presunção quase que absoluta de condomínio de partes iguais dele decorrente. A prova torna-se quase óbvia e é mais fácil proferir uma sentença. Questiona-se, contudo, se seria isso o mais justo. Duas pessoas que não desejam as amarras do casamento não podem ser submetidas às suas regras, mesmo porque essas estão sujeitas ao arbítrio do legislador, que pode no futuro, como já o fez antes (já que até o advento da Lei 6.515/77 o regime legal era o da comunhão universal), decidir que o regime de bens mais adequado ao casamento não é o da comunhão parcial, mas o da participação final dos aqüestos ou ainda o da separação total de bens.

A adoção de determinado regime de bens deve ser uma opção consciente do casal que não é dada aos conviventes, eis que inexistente um momento, como ocorre no casamento, em que ambos são concitados a fazer a escolha. Ausente essa oportunidade tão imprescindível, não se vislumbra uma razão para que a partilha do patrimônio não seja feita na proporção da participação de cada um ou, quando muito, nos termos do artigo 5º, da Lei 9.278/96, admitindo-se a realização de prova para afastar a meação em partes iguais, independentemente de contrato.

Convém observar, nesse aspecto, a experiência francesa. Para os casais que não mantêm um pacto civil de solidariedade (chamados *pacésés*) e não optam pelo casamento, mas por viver em união estável, há uma ausência de regime, que implica de outra forma a adoção do regime da separação de bens, a não ser que um contrato disponha de outra forma²³⁷. Essa escolha legislativa é melhor do que a realizada no Brasil, pois respeita muito mais a estrutura da união estável e os princípios aqui discutidos²³⁸.

236 Cláudia Grieco Tabosa Pessoa faz afirmação a respeito da questão da sociedade de fato que reproduz as razões deduzidas no presente trabalho: "Tratava-se, na verdade, de um mecanismo tendente a conduzir as partes a uma posição objetivamente justa quanto ao patrimônio que amealharam por meio de efetivos esforços comuns, eliminando-se eventual causa de enriquecimento ilícito" (1997, p. 139).

237 Conferir a esse respeito: Philippe Simler (2002) e Gérard Champenois (2002).

238 Marie-Thérèse Meulders-Klein sustenta, a respeito das mudanças ocorridas nos últimos tempos no âmbito do direito de família, que há dois denominadores comuns: indiferenciação (*indifférenciation*) e dessimbolização (*désymbolisation*). A respeito de ambos, escreve: "*Indifférenciation* d'abord, parce qu'il apparaît clairement que ce qui est aujourd'hui poursuivi en droit de la famille est la négation même de toute différence de fait au nom des principes d'égalité et de neutralité, que le principe de réalité résiste ou non. *Désymbolisation*, parce que les symboles qui servent de repères et donnent sens à la vie des sociétés humaines apportent des limites aux libertés individuelles, et que les lois qui «instituent la vie» em sont l'instrument. Ce



Deve-se ter em mente que a partilha decorre do incremento patrimonial objetivo em si considerado, sendo irrelevante a estrutura da relação pessoal em que ocorreu. Por isso, como não se mostra conveniente, à luz do que já foi estudado, a adoção do regime da comunhão parcial de bens também para as uniões estáveis, imprescindível que se verifique a contribuição pessoal de cada um dos conviventes para o patrimônio hábil a ser partilhado, pois “somente a contribuição das partes gera patrimônio comum passível de divisão” (PESSOA, 1997, p. 148).

Como bem ressaltado por Rogério Lauria Tucci (2005, p. 101), a simples convivência *more uxorio* não deveria ser suficiente para justificar a divisão do patrimônio, sendo imprescindível a demonstração de colaboração em sua aquisição, sob pena de enriquecimento injusto de um dos companheiros.

No aspecto patrimonial, portanto, tem-se como equivocada a opção legislativa delineada pelo Código Civil, pois não atende à necessidade de tratamento diferenciado entre união estável e casamento.

Paradoxalmente, o legislador ordinário fugiu da tendência equiparatória no âmbito do direito das sucessões e, na esteira do que já foi defendido, não se considera inconstitucional o tratamento adotado, pois a existência de estatutos jurídicos diversos cria opções para aqueles que pretendem iniciar um relacionamento estável, seja pelo casamento ou não.

Acrescente-se que, embora não seja uma prática usualmente adotada pelos brasileiros, a proteção do companheiro supérstite pode muito bem ser realizada por meio de um testamento.

Alguns efeitos sociais do casamento também não podem ser atribuídos às uniões estáveis, tais como a presunção de paternidade da prole e a emancipação do companheiro menor de idade, uma vez que dependem essencialmente do aspecto formal do casamento. O mesmo ocorre com a alteração do estado civil.

De igual modo, não se justifica a imposição de direitos e deveres semelhantes aos do matrimônio.

que l'on demande donc aux législateurs, et aux plus symboliques des droits – les droits de l'homme – est de désymboliser symboliquement ces repères, en confiant en dernier recours aux juges le soin de censurer les lois adoptées par les Parlements qui ne satisfieraient pas à CET objectif”. (2002, p. 617)



A existência de uma opção legislativa pela concessão de alguns efeitos a mais ao casamento é adequada à visão constitucional que considera o matrimônio como o *status* social mais desejado, bem como à necessidade de consolidação de estatutos jurídicos diversos em observância aos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

O objetivo do presente trabalho não foi, entretanto, a apreciação individualizada de todas as normas sobre união estável, mas a realização de um estudo para demonstrar que a análise da questão união estável/casamento apenas à luz do princípio da igualdade, na forma como muitos autores defendem, implica alijar a liberdade e a autonomia. Buscou-se, portanto, uma exegese que possibilitasse a convivência harmônica de todos os princípios, sem que nenhum deles fosse desconsiderado, concluindo-se, sob esse ponto de vista, que não é possível a equiparação²³⁹ inexorável entre os institutos e que, portanto, uma legislação ordinária tendente a esse resultado estaria em desconformidade com os princípios tratados ao longo do estudo e, conseqüentemente, com a própria Constituição Federal.

Embora o âmbito da união estável seja paradoxalmente o da não-regulamentação, como ressalta Rodrigo da Cunha Pereira, mostra-se necessário que algumas normas sejam editadas para garantir a especial proteção do Estado, demandada pela Constituição Federal. Defende-se, contudo, que essa normatização seja apenas o necessário para que o seu caráter de entidade familiar seja respeitado, sem uma aproximação desnecessária ao casamento, principalmente quando se tratar de questões patrimoniais, disponíveis em sua essência.

Muito já se falou sobre o tema. Para finalizar, portanto, resta a advertência de Benjamin Constant (1985, p. 22), feita em 1816 e ainda válida, para quem “os governos têm novos deveres” e “os progressos da civilização, as transformações operadas através dos séculos pedem à autoridade mais respeito pelos hábitos, pelos afetos, pela independência dos indivíduos”.

239 Luigi Balestra afasta, no direito italiano, a adoção do mesmo estatuto do casamento para a união estável. Defende o autor “l’élaboration d’un statut minimum de la cohabitation qui, dans la tentative d’éviter de construire une famille de série B, puisse affirmer un principe de responsabilité dans les rapports économiques entre le concubins” (2002, p. 408).



Referências Bibliográficas

- ALARCÃO, Rui de. **A confirmação dos negócios anuláveis**. Coimbra: Atlântida, 1971, vol. 1.
- ALBALADEJO GARCIA, Manuel. **Curso de derecho civil: derecho de familia**. 11ª ed. Madri: Edisofer, 2008.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. **Revista de Direito Administrativo**, nº 217, p. 55-66, jul/set 1999a.
- _____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, nº 214, p. 67-79, jul/set. 1999b.
- _____. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 3, p. 155-167, jan/jun. 2005.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, vol. XVIII.
- ALVES, José Carlo Moreira. **Direito romano**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 90, p. 3-47, 1995.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil: introdução**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, nº 102, p. 207-230, abr/jun 1989.
- _____. Autonomia privada. In: _____. **Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2002, p. 79-88.
- AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, ano 42, nº 165, p. 123/134, jan/mar. 2005.
- ARNESON, Richard J. Cracked foundations of liberal equality. In: BURLEY, Justine (ed.) **Dworkin and his critics**. Oxford: Blackwell, 2004, p. 79-98.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. Com a promulgação da Lei 9.278, em 10.05.1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. **Revista Literária de Direito**, nº 11, p. 14-26, maio/jun. 1996.
- _____. União estável antiga forma do casamento de fato. **Revista dos Tribunais**, ano 83, vol. 701, p. 7-12, mar. de 1994.
- _____. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 19.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.



_____. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, ano 91, vol. 797, p. 11-26, mar. 2002b.

BALESTRA, Luigi. Les concubinages en Italie: aspects juridiques. In: _____. **Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi**. Paris: Litec, 2002, p. 405-414.

BARBOSA, Heloisa Helena. Família. Casamento. União estável. Conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 1, nº 1, p. 123-137, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BELMONTE, Cláudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, nº 144, p. 157-175, out/dez. 1999.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. de Ricardo Rodrigues Gamas. Campinas: LZN, 2003, vol. I.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 8ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961.

BITTAR, Carlos Alberto. Inconstitucionalidade das leis sobre concubinato. In: COUTO, Sérgio (Coord). **Nova realidade do direito de família**. Rio de Janeiro: Coad; SC Editora Jurídica, p. 26-29, 1998.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. Rio de Janeiro: Alba, 1961, vol. 1.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 3ª ed. Brasília: UnB, 1995.

_____. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiros. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo, Saraiva: 2005.

BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro. MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.) **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 255-278.

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1986.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Alexy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos estudos jurídicos**, nº 1, vol. 11, p. 135-141, jan/jun. 2006.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, vol. 6.



CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Do direito de alimentos no concubinato. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9-19.

CAMPOS, Alzira Lobo de Arruda. **Casamento e família em São Paulo colonial**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A invenção do direito matrimonial**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil: la famille**. 10ª ed. Paris: PUF, 1974, v. 2, t. 2.

CASABONA, Marcial Barreto. O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 375-392.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. Barueri: Manole, 2004.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CECCATO, Adriana Barreira Panattoni. Natureza jurídica do casamento. **Revista dos Tribunais**, ano 85, v. 732, p. 751-761, out. 1996.

CHAMOUN, Ebert. A natureza jurídica do casamento. **Revista Forense**, ano 56, vol. 183, p. 30-41, maio/jun. 1959.

CHAMPENOIS, Gerard. Les présomptions d'indivision dans le Pacs. In: _____. **Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi**. Paris: Litec, 2002, p. 83-96.

CITTADINO, Cisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLIVE, Eric McCredie. Marriage: an unnecessary legal concept? In: EEKELAAR, John. MACLEAN, Mavis. **A reader on family law**. Oxford: Oxford Press, 1994, p. 175-191.

COLTRO, Antônio Carlo Mathias. A união estável no direito projetado – o Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.) **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. 4, p. 27-45.

_____. A união estável; um conceito? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LAZZARINI, Alexandre Alves. (Coord.) **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, vol. 3, p. 19-44.

_____. FIGUEIREDO, Sálvio. MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. XVII.

COMMAILLE, Jacques. Les métamorphose de la gestion politique de l'univers privé des individus. In: _____. **Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi**. Paris: Litec, 2002, p. 19-28.

COMEL, Wilson J. COMEL, Denise Damo. União estável e casamento: adequação da disciplina da união estável no Código Civil à Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**, ano 94, vol. 832, p. 37-51, fev. 2005.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. **Filosofia política**, nº 2, p. 7-25, inverno 1985.



- COONTZ, Stephanie. **Marriage, a history: how love conquered marriage**. New York: Penguin, 2006.
- CORNU, Gérard. **Droit civil: la famille**. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1998.
- COSTA, Alexandre Bernardino. **Desafios da teoria do poder constituinte no Estado democrático de direito**. Belo Horizonte, 2005. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Universidade Federal de Minas Gerais.
- COSTA, Maria Aracy Menezes da. Namoro qualificado: a autonomia da vontade nas relações amorosas. **Revista da Ajuris**, ano XXXIV, nº 107, p. 201-213, set. 2007.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- CRUZ, Fernando Castro da. **Casamento à luz do direito canônico**. Belo Horizonte: Palpite, 1998. CRUZ, Guilherme Braga da. LIMA, Fernando Almeida Pires de. **Direitos de família**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1949.
- CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. PACS et la famille – Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé. **Revue trimestrielle de droit civil**, p. 529-546, jul/set. 2001.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. A família e o direito tributário. **Revista de Direito Tributário**, nº 65, p. 139-148, 1993.
- DIAS, Ahayl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- DIÉZ-PICAZO, Luiz. GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 8ª ed. Madri: Tecnos, 2001, vol. IV.
- DIÉZ-PICAZO, Luiz. Protection juridique des "couples de fait" en droit espagnol. In: _____. **Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi**. Paris: Litec, 2002, p. 415-418.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 5.
- DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald. **The philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 38-65.
- _____. **Law's empire**. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- _____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- _____. **Sovereign virtue**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- _____. ¿ Existe conflicto entre libertad e igualdad? ¿Cómo decidir? **Actio**, nº 6, p. 56-70, mar. 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XVIII.
- _____. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 105-126.
- FARIA, Sheila de Castro. **A colônia em movimento**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.



- FENOUILLET, Dominique. **Droit de la famille**. Paris: Dalloz, 1997.
- FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. **La unión de hecho y el derecho a no casarse**. Granada: Comares, 2001.
- FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução e notas de Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- FESTY, Patrick. Le déclin du mariage? **Futuribles**, nº 255, p. 69-88, jul/ago. 2000.
- FISS, Owen. Freedom both personal and political. In: MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 179-196.
- FRANÇA, Rubens Limongi. Do matrimônio como fato jurídico. **Revista dos Tribunais**, ano 57, vol. 398, p. 19-32, dez. 1968.
- FRANK, Rainer. Le centenaire du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la cohérence du système juridique. **Revue internationale de droit comparé**, nº 4, p. 819-842, out/dez. 2000. _____. Mariage et concubinage, réflexions sur le couple et la famille. In: _____. **Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi**. Paris: Litec, 2002, p. 3-13.
- FREITAG, Bárbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006.
- GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Padova: Cedam, 2004.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, nº 143, ano 36, p. 191-209, jul/set. 1999.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GIES, Frances. GIES, Joseph. **Marriage and the family in the Middle Ages**. New York: Harper & Row, 1989.
- GELLER, Rodolf Hans e BORGHEZAN, Miguel. A união estável e os direitos não-patrimoniais. **Revista Logos Veritas**, Santarém, nº 2, 1998.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O casamento no Direito brasileiro – Aspectos diante da Constituição Federal. **Revista Forense**, vol. 323, ano 89, p. 105-118, jul/set. 1993.
- GÓMEZ, Eduardo Serrano. El matrimonio. In: ALONSO, Eduardo Serrano (Coord.) **Manual de derecho de familia**. 2ª ed. Madri: Edisofer, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. VI.
- GONÇALVES, Paulo Henrique de Arruda. Da natureza jurídica do casamento. **Revista de Direito Civil**, ano 6, nº. 22, p. 67-94, out/dez. 1982.
- GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes da união estável. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.) **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. 4, p. 86-124.
- GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick**. Trad. Ubiratan Macedo. São Paulo: Mandarin, 2000.



GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. In: ALVIM, Teresa Arruda. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, vol. 2, p. 197-206.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HAUSER, Jean. Rapport de synthèse de droit français. In : HAUSER, Jean. RENCHON, Jean-Louis. (Coord.) **Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ?** Paris : LGDF ; Bruxelas : Bruylant, 2005, p. 539-549.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Norberto de Paula Lima. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento: conceito e natureza jurídica – impedimentos e nulidades matrimoniais. **Revistas de Direito Civil**, ano 14, nº. 54, p. 8-22 out./dez. 1990.

_____. **Comentários ao Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 20.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KATEB, George. A reading of *On Liberty*. In: MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 28-66.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005a, vol. XXI.

_____. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e incertezas. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 94-107.

_____. **Direito civil aplicado: Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.

_____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeito, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 217-248.

_____. A recepção dos princípios constitucionais no novo direito de família codificado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 5, p. 173-184, jan/jun. 2005c.

LIPARI, Nicolò. Riflessioni sul matrimonio a tren'anni dalla riforma del diritto di famiglia. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LIX, nº 3, p. 715-728, set. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações familiares. **Jus Navigandi** nº. 307, abr. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=520&p=1>>. Acesso em 17.08.2008.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano III, nº 12, p. 41-55, jan/mar. 2002.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4ª ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006.



LORENZETTI, Ricardo Luis. Análisis crítico de la autonomía privada contractual. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 14, p. 5-19, abr/jun. 1995.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

LUKES, Steven. **Individualism**. [S. l.] ECPR, 2006. Disponível em <<http://books.google.co.uk/books?id=EOg9yINx7kC&printsec=frontcover&dq=individualism#PPA18,M1>> Acesso em 20.11.2008.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

_____. Escritura pública como prova relativa de união estável. **Advocacia dinâmica**, ano 24, nº 13, p. 164-168, 2004b.

_____. **Direito de família: aspectos polêmicos**. 2ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 41, p. 66-78, abr/maio 2007.

MALAURIE, Philippe. Mariage et concubinage em droit français contemporain. **Archives de philosophie du droit**, nº 20, p. 17-28, 1975.

MARQUES NETO, Antônio José. A intervenção do Estado na autonomia privada. **Revista Forense**, vol. 81, nº 292, p. 519-523, out/dez. 1985.

MARRERO, Carolina Mesa. **Las uniones de hecho : análisis de las relaciones económicas y sus efectos**. 3ª ed. Cizur Menor : Aranzadi, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia : desequparações proibidas e desequparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 1, p. 79-83, 1993.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Les concubinages : diversités et symboliques. In: _____. **Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi**. Paris: Litec, 2002, p. 604-617.

MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. **Archives de philosophie du droit**, nº 20, p. 127-136, 1975.

MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven: Yale University Press, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e a união estável. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano IV, nº 21, p. 5-15, jan/fev. 2003.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. **Cadernos da Escola do Legislativo da Assembléia Legislativa de Minas Gerais**, nº 2, p. 9-20, jul/dez. 1994.

NASCIMENTO, José Amado. Natureza jurídica do casamento. **Revista de Direito Civil**, ano 3, vol. 10, p. 123-142, out/dez. 1979.



NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

O'DONOVAN, Katherine. Unmarried partners and "traditional marriage" in English law. In : _____. **Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi**. Paris : Litec, 2002, p. 455-471.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato, companheiros: novos rumos. In: ALVIM, Teresa Arruda. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, vol. 2, p. 71-100.

_____. **Inventários e partilhas**. 19ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informativos do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. **Revista de direito do consumidor**, nº 23/24, p. 41-78, jul/dez. 1997.

PASCHOAL, Frederico A. Tratamento constitucional em relação à união estável e o risco da aplicação excessiva: proposta para uma teoria crítica dos princípios constitucionais no direito privado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 5, p. 81/90, jan/jun. 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Hierarquia entre gêneros de convivência na Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 98, p. 121-133, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Instituições de direito civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999a, vol. I.

_____. **Instituições de direito civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999b, vol. III.

_____. **Instituições de direito civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. V.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. 5ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Comentários ao novo código civil**. São Paulo: Forense, 2003, vol. XX.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade familiar e casamento formal. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 80-93.

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. **União estável no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.



PLANIOL, Marcel. RIPERT, George. **Traité pratique de droit civil français**. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, tomo II.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RENCHON, Jean-Louis. Rapport introductif. In : HAUSER, Jean. RENCHON, Jean-Louis. (Coord.) **Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ?** Paris : LGDF ; Bruxelas : Bruylant, 2005, p. 12-35.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato : as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra : Almedina, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 6.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**, ano 41, nº 163, p. 113-130, jul/set. 2004.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROTHENBACHER, Franz. Social changes in Europe and its impact on family structures. In : EEKELAAR, John. THANDABANTU, Nhlapo. **The changing family**. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 3-31.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira**. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1993.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, vol. IV.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, ano 4, nº 14, p. 167-217, jan/mar. 2005.

SIMLER, Philippe. Le «régime matrimonial» des concubins. In : _____. **Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi**. Paris : Litec, 2002, p. 75-82.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1984.

SALAIB FILHO, Nagib. DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. XV.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 211, p. 241-269, jan/mar. 1998.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 47-69.

THERBORN, Göran. **Sexo e poder: a família no mundo 1900-2000**. São Paulo: Contexto, 2006.

VELOSO, Zeno. **União estável**. Belém: Ministério Público do Estado do Pará; Cejup, 1997.



_____. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, vol. XVII.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 6.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei nº 8.971/94. **Repertório IOB de Jurisprudência**, nº 7/95, p. 119-113, 1ª quinzena abr. 1995.

TAYLOR, Robert F. Concubinage and union libre: a historical comparison of the rights of unwed cohabitants in wrongful death actions in France and Louisiana. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, vol. 13, p. 715-751, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. União estável – Pacto de disciplina patrimonial firmado entre os conviventes – Validade. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, nº 19, p. 79-101, jul/ago. 2007.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família: concubinato, Igreja e escândalo na Colômbia**. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. União estável e respectivos efeitos patrimoniais. **Revista do Advogado**, ano XXV, nº 98-102, p. 101, abr. 2005.

WALDRON, Jeremy. Mill on culture and society. In: MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 224-245.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

_____. **Estatuto da União Estável**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

WILLEKENS, Harry. Long term developments in family law in Western Europe. In: EEKELAAR, John. THANDABANTU, Nhlapo. **The changing family**. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 47-71.

XAVIER, Fernanda Dias. Questões processuais acerca da união estável. In: BASTOS, Eliene Ferreira. SOUSA, Asiel Henrique de. (Coord.) **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 163-182.

_____. Considerações sobre a impossibilidade de equiparação da união estável ao casamento. In: BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes da. (Coord.) **Família e jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 89-107.