

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Camila Monzani Gozzi

Ressignificando o casamento:
a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar

MESTRADO EM DIREITO CIVIL COMPARADO

São Paulo
2020

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Camila Monzani Gozzi

Ressignificando o casamento:

a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil Comparado, sob orientação da Professora Doutora Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi.

São Paulo

2020

Banca Examinadora

Pedro Terra pôs-se de pé e gritou:

— Bibiana!

A moça apareceu.

— É verdade que vosmecê gosta desse tal Capitão Rodrigo? [...]

Sem erguer a cabeça, balbuciou:

— Gosto, papai.

Eu não sei se ele quer casar comigo... [...]

— E assim mesmo quer casar com ele?

— Se ele quiser eu quero.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ercília e João Roberto, por jamais me deixarem desistir de qualquer objetivo na vida.

À memória da minha querida avó Maria Aparecida, que sempre teve certeza de que esse sonho se realizaria, antes mesmo de eu pensar em realizá-lo.

À melhor equipe de trabalho que eu poderia compartilhar: Antonio Ivo Aidar, Rachel Lucena Malheiros, Gabriela Di Sandro Carvalho Motta e Izabel Pinto Miorim.

Aos meus amigos, amigas e familiares por compartilharem comigo todas as aflições e alegrias que se apresentaram durante este longo e belo processo, em especial Ligia Carolina Costa Moreira, Camila Castro de Toledo, Bruno Santos Moura, Larissa Fioravante Chiba, Amanda Felten de Caires e Mairê Costa de Carli.

Ao Projeto Constituição na Escola, que despertou em mim a paixão pelo ensino.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por mais uma vez me receber de portas abertas e fazer parte de mais este capítulo da minha vida.

Aos professores e colegas de curso que tanto me ensinaram durante os anos em que perdurou essa jornada.

E a Deus, por sempre me guiar na direção certa.

RESUMO

Desde os primórdios da vida em sociedade, a humanidade se reúne em grupos de acordo com as suas afinidades e ancestrais em comum, dando, assim, origem ao que hoje denominamos família. Com o passar dos anos, pretendendo dar continuidade aos grupos familiares então formados e assim preservar a sua identidade, território e patrimônio, os indivíduos que os formavam passaram a unir-se entre si e também com entes dos demais núcleos — e o faziam por meio do casamento. Cercado por incontáveis aspectos morais, sociais, formais, religiosos e até dogmáticos e, ainda assim, praticado até os dias atuais no mundo todo, o casamento enfrentou uma enorme transformação durante estes anos, de modo que se pode constatar atualmente — e apostar para o futuro — o efetivo processo de reestruturação e ressignificação do seu conceito em si. Este trabalho visa analisar, por meio de pesquisa a lições doutrinárias e posições da jurisprudência, a evolução deste processo acompanhado do surgimento de outras entidades familiares também constitucionalmente reconhecidas pelo regramento brasileiro e, ao fim, a posição da legislação, doutrina e jurisprudências estrangeiras sobre o tema, especialmente em países onde o casamento enfrentou processo parecido de ressignificação.

Palavras-chave: Casamento. Natureza jurídica. Evolução. Autonomia privada. Direito Estrangeiro.

ABSTRACT

From the dawn of life in society, humanity has come together in groups according to their common affinities and ancestors, thus giving rise to what we today call family. Over the years, with the intention of continuing the family groups that were formed and thus preserving their identity, territory and heritage, the individuals who formed them began to unite with each other and with other formations — and did so through marriage. Surrounded by countless moral, social, formal, religious and even dogmatic aspects and yet practiced worldwide nowadays, marriage has gone through a tremendous transformation during these years, so it can be seen today — and betting for the future — the effective process of restructuring and reframing its concept itself. This paper aims to analyze, through research on doctrinal lessons and positions of jurisprudence, the evolution of this process accompanied by the emergence of other family entities also constitutionally recognized by the Brazilian rule and, finally, the position of foreigner doctrine and jurisprudence, especially considering countries where marriage faced a similar process of resignification.

Keywords: Marriage. Legal nature. Evolution. Private autonomy. Comparative jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ASPECTOS HISTÓRICOS — A ORIGEM DA FAMÍLIA	13
1.1 Reunião dos grupos humanos desde a Antiguidade e a formação da família	13
1.2 A evolução da proteção jurídica da entidade familiar: o Direito de Família	15
2 O CASAMENTO COMO PONTO DE INÍCIO DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA	19
2.1 A origem do casamento	19
2.2 Evolução histórica do casamento no Brasil	22
2.2.1 A proclamação da República e as alterações legislativas	23
2.2.2 Lei Feliciano Pena	24
2.2.3 Código Civil de 1916	24
2.2.4 As Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967.....	25
2.2.5 Lei de Proteção da Família.....	26
2.2.6 Estatuto da Mulher Casada.....	27
2.2.7 Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77).....	28
2.2.8 Constituição Federal de 1988	30
2.2.9 Código Civil de 2002	32
2.2.10 Emenda Constitucional 66/2010 e o fim da discussão de culpa pelo fim do casamento	35
2.2.11 As uniões homoafetivas	37
2.3 Natureza jurídica do casamento	41
2.3.1 Casamento como contrato	42
2.3.2 Casamento como instituição.....	46
2.3.3 Casamento como ato complexo.....	48
3 CASAMENTO COMO BASE PRIMORDIAL DA ESTRUTURA FAMILIAR.....	51

3.1 Finalidade e efeitos jurídicos do casamento — aspectos sociais, pessoais e patrimoniais.....	53
3.2 Casamento e união estável — semelhanças e diferenças.....	63
3.3 Outras entidades familiares	79
3.4 O futuro do casamento	84
4. DIREITO ESTRANGEIRO	87
5. JURISPRUDÊNCIA.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da vida em sociedade, os humanos, sentindo a necessidade de agir em conjunto e unir esforços, passaram a se reunir em grupos conforme sua afinidade, habilidades ou gostos em comum. Com a formação desses grupos, deu-se origem aos núcleos a que, atualmente, chamamos de família.

O início da formação desses núcleos, no entanto, quase sempre possuía uma mesma fonte originária: se não pela existência de um ancestral comum, fosse pai, avô, mãe, enfim, os indivíduos uniam-se pela formalização da união de seus componentes através do casamento, que também se celebrava entre sujeitos de núcleos distintos.

Este trabalho tem como objetivo analisar a evolução do conceito de casamento, inicialmente, desde os primórdios da civilização, e, mais atentamente, no decorrer do último século no Brasil — em um estudo tanto legal, através da análise do conceito e natureza jurídica do instituto, que muito se discute especialmente no que diz respeito aos direitos e obrigações que dele decorrem, como jurídico, através da análise do que nos parece uma forçosa tentativa de equiparação de outros institutos ao casamento, como mais recentemente vem ocorrendo com a união estável.

Afinal, mesmo vivendo em uma sociedade globalizada, moderna e tecnológica, na qual a liquidez das relações afetivas parece ser a regra, por que os indivíduos insistem em se casar? E mais: uma vez casados, qual é a efetiva posição assumida pelos cônjuges no mundo jurídico?

A doutrina dedicada ao tema diverge ao conceituar legalmente o casamento. Nas atuais lições do Direito de Família, percebe-se uma diferenciação clara dos doutrinadores ao conceituar o casamento: o tratamento, ou não, do instituto como um contrato. Essa é, talvez, a maior dúvida que cerca os operadores do Direito ao tentarem estabelecer, afinal, qual é a natureza jurídica do casamento.

Se o instituto for entendido como uma espécie de contrato, tal como defende, dentre outros, Silvío Rodrigues, estaremos então diante de uma manifestação livre e espontânea de vontade entre duas partes que, de comum acordo, assumiram deveres e obrigações certos e exigíveis um do outro, expressos de forma solene e específica.

Neste sentido, sendo o casamento um contrato, seriam passíveis de serem assumidas pelas partes obrigações das mais diversas, desde que não contrárias à lei, como em um pleno exercício da autonomia privada, princípio tão prezado nas relações particulares. Além disso, a sua dissolução seria possível por mero distrato também assinado pelas partes, com o qual

estariam findos os seus efeitos, não havendo que se falar em qualquer extensão destes para além de sua extinção.

No entanto, diante de tal conceituação, inúmeras indagações surgem, como: sendo o casamento um contrato, seria então possível às partes estabelecerem regras adicionais ao seu cumprimento, que não apenas aquelas previstas no Código Civil? E mais: uma vez estabelecidas tais regras, seria também possível adicionar ao contrato cláusulas que tratem da reparação de danos eventualmente causados por seu descumprimento? Ou, ao contrário, sendo o casamento uma espécie contratual *sui generis*, não estaria ele sujeito à Teoria Geral dos Contratos e suas consequências?

Na outra ponta, seguindo a doutrina de autores como Washington de Barros Monteiro, temos a conceituação da natureza jurídica do casamento não como um contrato, mas como uma instituição de ordem pública, sujeita às regras e deveres impostos pelo Estado, este atuante como ente responsável pelo melhor desenvolvimento da família.

Seguindo esta conceituação, portanto, não teriam os cônjuges qualquer liberdade ao unirem-se em matrimônio, já que caberia ao Estado estabelecer quais são os deveres e direitos assumidos por cada um, o que termina por possibilitar uma maior influência da ordem pública na intimidade da entidade familiar e, além disso, inviabiliza o exercício da autonomia privada. Seria esse, contudo, o papel do Estado?

Os entendimentos doutrinários acima destacados são apenas uma pequena amostra de toda a vasta gama das conceituações atribuídas ao casamento, o que torna a sua análise e efetiva busca por sua natureza jurídica um estudo desafiador e relevante, especialmente quando confrontados com o comportamento da sociedade atual.

Isso porque, ainda que o casamento traga inúmeras discussões à baila no que diz respeito à sua efetiva posição no mundo jurídico, na prática é de se ver que, ainda atualmente, é ele respeitado socialmente e praticado no mundo todo — mormente quando se trata do ponto inicial da formação de uma família.

Ainda que muito se discuta acerca do atual papel do casamento na sociedade, já que é cada vez mais crescente o número de indivíduos que, ao decidirem se unir, optam pela convivência de fato, aparentemente informal, consistente nas uniões estáveis, o número de casamentos firmados no Brasil só fez por crescer nos últimos anos.

Neste ponto, aliás, vemos que as recentes propostas vindas tanto do legislador como da jurisprudência visando à equiparação da união estável ao casamento, especialmente no que diz respeito aos direitos sucessórios garantidos aos cônjuges e companheiros, denotam uma

tentativa de elevar à qualidade de casamento as uniões que, por qualquer motivo, não foram formalizadas.

No entanto, o mero esforço da comunidade jurídica ao se mobilizar e buscar oferecer às uniões estáveis as mesmas garantias concedidas ao casamento já demonstra, em si, o reconhecimento da importância deste instituto em nosso ordenamento jurídico e também na sociedade. Ora, ainda que não tenha sido formalizado, aquele que convive em união estável sente-se, em tese, intimamente, casado.

Por outro lado, também a forçosa equiparação da união estável ao casamento, em todos os seus efeitos, faz-se de forma a afrontar o princípio da autonomia privada, cujo respeito é imprescindível para as relações particulares. Afinal, ao equiparar a união estável ao casamento, está-se, na verdade, esvaziando aquele instituto em prol deste, o que impede, na prática, que atualmente aquele que deseje conviver em união estável no Brasil veja-se impossibilitado de assim o fazer.

Qual é, então, o papel desempenhado por este importante instituto jurídico em nossa sociedade, que, mesmo diante de inúmeras possibilidades previstas e garantidas por lei, segue provando que ainda é a forma primordial e preferencial para dar início à família? E como no decorrer dos últimos anos outros relevantes institutos que também servem de base à formação familiar, como a união estável, vêm sendo, no Brasil, aos poucos equiparados ao casamento?

Afinal, o que é que se vê no casamento que faz com que a união estável, que a princípio goza de regulamentação jurídica própria, seja a ele equiparada a todo o tempo?

Este é, portanto, o problema a ser debatido neste trabalho, que busca, além de entender o processo de ressignificação que o instituto sofreu no decorrer das últimas décadas, também, ao final, concluir pela correta conceituação jurídica do casamento e analisar a sua efetiva relevância na moderna sociedade brasileira como base primordial da formação familiar.

Para isso, no primeiro capítulo abordaremos os aspectos históricos que permeiam a origem da família, desde os primórdios da humanidade até a era atual, analisando o início da formação familiar, a criação de regras de comportamento que visassem à proteção das famílias formadas e a sua evolução até o que hoje se tem como um ramo de estudo do Direito, o Direito de Família.

No capítulo seguinte, observaremos a origem do casamento, analisando principalmente a influência do Direito Romano sobre o tema, bem como a evolução do casamento no Brasil, passando pelas legislações que instituíram e regulamentaram a relação entre cônjuges no país, até o reconhecimento de outras formas de constituição de entidade familiar pela Constituição Federal, tal como ocorreu com as uniões estáveis. No mesmo capítulo, abordamos ainda a

questão sobre a natureza jurídica do casamento, questão tão controvertida e muito discutida pela doutrina que se debruça sobre o tema.

Já no terceiro capítulo, analisamos a preponderância do casamento como forma originária da entidade familiar, contrastando o instituto com a união estável e criticando a forçosa equiparação de ambos os institutos no Brasil. Tratamos, ainda, acerca das demais formações familiares, tais como as famílias monoparentais, até as ainda não reconhecidas e polêmicas famílias paralelas, apostando, ao fim, por qual será o futuro do casamento no país.

No quarto capítulo, analisamos o processo de ressignificação sofrido pelo casamento no exterior. Comparando a evolução legal de países da Europa e América Latina sobre casamento e união estável, notamos que entres estes e o Brasil existem nítidas semelhanças no processo, representadas, principalmente, pela preferência do casamento à união estável ainda verificada na sociedade.

Por fim, no quinto e último capítulo analisamos excertos da jurisprudência proferida pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito dos diversos temas abordados no trabalho.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS — A ORIGEM DA FAMÍLIA

1.1 Reunião dos grupos humanos desde a Antiguidade e a formação da família

O homem não surgiu para estar ou ser sozinho. Registros históricos mostram-nos que, desde os primórdios da humanidade, a sobrevivência dos homens passou a estar comumente ligada à sua reunião em tribos.

Inicialmente, esses grupos se formavam de acordo com a afinidade de seus membros, fosse pela existência de parentesco¹ entre eles, ou pela fixação em um mesmo território, pela aptidão comum para determinada atividade, pela disponibilidade de alimentos naquela região ou para a proteção contra inimigos comuns (que, normalmente, variavam entre fenômenos da natureza, animais selvagens e outros grupos que disputavam valiosos bens comuns). Foi da evolução do agrupamento dessas tribos ao longo dos tempos que se originou o que depois se denominaria como família.

Ulpiano² conceituou em seu *Digesto* o termo “família” como sendo o grupo plural de pessoas que, pela natureza ou pelo direito, vive sob o poder de outro. Assim como na leitura de Engels³, certamente neste ponto Ulpiano também atribuía a este “outro” a figura masculina, o líder do grupo a quem posteriormente seria reconhecido o poder paterno, ou o pátrio poder — atribuição esta que, sabe-se, perduraria ainda por muito tempo.

Mais adiante, já nos meados de 1884, Engels fez uma vasta análise das transformações na formação e desenvolvimento destes grupos de seres humanos, evidenciando os aspectos desde as primeiras reuniões do homem selvagem até a formação da família em sua versão mais tradicional, quase como aquela entendida hoje (especialmente após a influência romana sobre a sua formação).

¹ Há de se atentar, neste ponto, para o fato de que “O parentesco, entretanto, não é a mesma coisa que a família. Há uma diferenciação importante, o parentesco e a família tratam dos fatos básicos da vida: nascimento, acasalamento e morte. Mas a família é um grupo social concreto e o parentesco é uma abstração, é uma estrutura formal. Isto quer dizer que o estudo do parentesco e o estudo da família são coisas diferentes: o estudo da família é o estudo daquele grupo social concreto e o estudo do parentesco é o estudo dessa estrutura formal, abstratamente constituída, que permeia esse grupo social concreto, mas que vai além dele.” SARTI, Cynthia Andersen. **Contribuições da antropologia para o estudo da família**. Psicol. USP [online]. 1992, v. 3, n. 1-2 [citado 2020-02-29], p. 69-76. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21 mar. 2020.

² Referência extraída de VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 18.

³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9. ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1984.

No decorrer de toda essa evolução da formação do grupo familiar, contudo, é notável que a união, que antes se dava em grupos maiores, passou a, paulatinamente, dar-se também em pares. Homem e mulher passaram, então, a unir-se com o objetivo de dar continuidade à formação do grupo original e assim preservar, dentro da família formada, os dons, aprendizados e até mesmo as conquistas materiais do grupo.

Passa-se a notar, então, que a monogamia, neste ponto, desempenhou papel de extrema importância na evolução da família tal como entendida e conceituada atualmente.

Silvio de Salvo Venosa⁴ lembra-nos, neste ponto da História, de que:

[...] a família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente aos interiores dos lares, nos quais existem pequenas oficinas. Essa situação vai reverter-se somente com a Revolução Industrial, que faz surgir um novo modelo de família.

Esta nova concepção do termo — e que se estende até os dias atuais, aliás — passa a estar, então, mais ligada a vínculos morais de afeto, espiritualidade e de assistência entre os membros da família, que passa a ser concebida como um grupo assistencial entre si e não apenas um núcleo de produção ou de limitação e multiplicação de riqueza. O caráter patrimonialista, portanto, passa a dar espaço para o assistencialista, baseado no afeto recíproco.

A todo ver, contudo, as definições de família no decorrer das eras eram estabelecidas com evidentes influências dos traços da sociedade paternalista e patrimonialista que se impunha à época e que, felizmente, já não condiz com a realidade atual, de modo que a conceituação moderna do termo cada vez mais se distancia destes aspectos.

Como exemplos dessa conceituação atual de família, vê-se o entendimento de Silvio Venosa, para quem a família atualmente é uma instituição jurídica, contando com um universo próprio de normas de direito organizadas sistematicamente para regular direitos e deveres de seus membros.⁵

No mesmo condão, Maria Helena Diniz ressalta que se deve “vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser

⁴ VENOSA, 2005, p. 19.

⁵ *Ibid.*, p. 24.

humano.”⁶ No mesmo sentido, Rosa Nery acrescenta que “família compreende as pessoas unidas pelo casamento, as provenientes dessa união, “as que descendem de um tronco ancestral comum e as vinculadas por adoção” [...]”.⁷

A modernização na concepção do termo⁸, ademais, se fez possível também em razão da ampliação da proteção jurídica que se dedica à família, responsável inclusive por originar, mais especificamente no Brasil, um ramo próprio no Direito que se dedica exclusivamente à tutela de suas relações: o Direito de Família.

1.2 A evolução da proteção jurídica da entidade familiar: o Direito de Família

“A história do Direito de Família é a história do homem e, por isso, é também uma história política.”⁹, ensina Rosa Nery. Clovis Beviláqua¹⁰, por sua vez, definiu de forma assertiva o que representa o ramo do Direito dedicado à proteção da família:

Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Sendo, de um lado, a família o grupo de pessoas que se unem em prol de um objetivo comum e, de outro, o Direito a fonte das normas que regulamentam estas relações e as fazem

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. 5: direito de família. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 27.

⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito civil: família**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 64.

⁸ Essa alteração no conceito de família manifestou-se até mesmo no dicionário. No Dicionário Houaiss, a família não é mais um “1. Grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto (especialmente o pai, a mãe e os filhos), que têm ancestralidade comum ou provêm de um mesmo tronco, ou ligadas entre si pelo casamento e pela filiação, excepcionalmente pela adoção”, mas um “1. Núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária”.

⁹ NERY, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clovis. Código civil dos estados unidos do Brasil comentado. 5. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937 *apud* VENOSA, 2005, p. 25. Washington de Barros Monteiro também afirma que “na evolução do conceito de família, verifica-se que, além de ser havida como célula básica da sociedade, presentes os interesses do Estado, a família passou a ser tratada como centro de preservação do ser humano, com a devida tutela à dignidade nas relações familiares.” *In*: MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 39. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5. Na mesma linha, Álvaro Villaça Azevedo acrescenta que “O Direito de Família apresenta características próprias, assentando suas bases mais nas regras morais e religiosas do que jurídicas.” AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 7.

funcionar, tem-se, então, que o Direito de Família nada mais é do que a parcela do Direito que se debruça sobre as mais básicas e íntimas relações do homem e a elas atribui estrutura, regência e ordem.

Maria Helena Diniz lembra-nos de que o direito reconhece a família como um importante grupo social, embora não lhe atribua personalidade jurídica.¹¹ O direito positivo dedica especial atenção às relações estabelecidas entre a família e terceiros ou, ainda, entre seus membros em si, dando, assim, origem à relação jurídica familiar que, via de regra — e como se tratará mais adiante — são de ordem pública e, portanto, impositivas e cogentes, que podem limitar ou até mesmo anular a autonomia privada.

O Direito de Família moderno, portanto, é cercado de princípios que enfatizam a pluralidade das formações familiares, além de valorizar as relações fundadas em noções de afeto, parceria e cumplicidade entre seus membros, mais do que simplesmente priorizar a existência de parentesco ou consanguinidade entre estes. Pode-se assim dizer, então, que a atual concepção de família, que sofreu enormes transformações no decorrer dos últimos anos, estendeu essas mesmas transformações também ao Direito de Família, que, assim como os demais ramos do Direito, deve acompanhar a realidade social para garantir a efetividade de suas normas.

Bem por isso, o Direito de Família, baseado primordialmente nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade entre homens e mulheres¹² — todos, frise-se, reforçados pelo texto constitucional promulgado em 1988 — por ser um direito extrapatrimonial, portanto personalíssimo, é irrenunciável e intransmissível, não admitindo condição ou termo ou o seu exercício por meio de procurador.¹³

¹¹ DINIZ, 2017, p. 29. Na sequência, a autora reafirma: “a família é um grupo despersonalizado, constituindo um conjunto de pessoas sem personalidade jurídica e com capacidade processual, mediante representação. Não há interesse em lhe atribuir personalidade jurídica, devido ao fato de que suas atividades jurídicas, patrimoniais ou não, podem ser realizadas sem personalização jurídica.”

¹² Vale lembrar que até pouco tempo a igualdade entre homem e mulher, especialmente no âmbito familiar, não era garantida — aliás, ao revés. O Código Civil de 1916 classificava a mulher como incapaz de realizar determinados atos da vida civil, exigindo a autorização do marido para a prática deles, tal como receber herança ou ter uma profissão que não a “do lar”. Anos depois, com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62, revogado apenas em 2003, com a entrada em vigor do atual Código Civil), alguns direitos passaram a ser garantidos à mulher, que passou a ser considerada como “colaboradora do marido”. A Constituição Federal de 1988, portanto, teve papel fundamental ao estabelecer, dentre o rol dos princípios e garantias fundamentais, a igualdade entre homem e mulher definida no art. 5º, I, bem como a igualdade no exercício dos direitos de ambos na sociedade conjugal (art. 226, §5º). Contudo, como dito, foi apenas com a promulgação do atual Código Civil, em janeiro de 2003, que se extinguiu por completo — ou, ao menos na teoria jurídica — toda e qualquer diferenciação entre homens e mulheres em relação a seus direitos e deveres dentro da família.

¹³ DINIZ, *op. cit.*, p. 43. A mesma posição é defendida por MONTEIRO, 2009; Orlando Gomes (**Direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983) e Silvio Rodrigues (**Direito Civil: Direito de família**. 28. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva, 2006).

Aliás, a modernização do conceito de família — e, conseqüentemente, a efetivação de sua proteção — no Brasil ganhou especial impulso com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a inclusão, dentre os direitos e garantias fundamentais, da expressa proteção à família no artigo 226, que, já em seu texto original, estendia a proteção tanto à família fundada no casamento, como na união de fato, a família natural e a família adotiva.

Há atualmente na doutrina efetiva discussão acerca da natureza do Direito de Família: enquanto no Brasil a maioria dos autores defendem que suas normas são de direito público e, portanto, irrenunciáveis, não deixando espaço para a autonomia privada¹⁴, representantes da doutrina argentina defendem que nada há de mais privado do que a família e as relações nela contidas, não podendo, assim, o Estado intervir de forma a cercear ou mitigar a escolha particular de seus membros em relação ao funcionamento do organismo comum¹⁵.

Essa bifurcação de entendimentos, parece-nos, tem como base o questionamento de qual seria o efetivo alcance da autonomia privada, princípio básico que regulamenta e vigia as relações particulares, dentro de uma instituição com características tão próprias e, ao mesmo tempo, únicas e múltiplas, como é a família.

Assim, por um lado, há autores que defendem a família como ente merecedor e dependente da proteção do Estado e entendem, portanto, que as relações privadas dela ou nela estabelecidas devem se submeter à ordem pública das leis; por outro lado, há aqueles que, enxergando na família um órgão próprio e particular de quem a compõe, defendem que neste nicho deve preponderar a autonomia privada e, assim, uma maior liberdade na atuação de seus entes entre si ou com terceiros, em qualquer relação que seja. Respeitando os defensores da primeira posição, a autora deste trabalho se identifica mais com a segunda corrente.

A delimitação desse entendimento, neste ponto, é importante para que se tenha já criado o paradigma que se irá discutir nas linhas adiantes a respeito do que se entende como sendo a base primordial do início da relação familiar, ou seja, o ponto principal de criação de uma nova família: o casamento.

¹⁴ Tal como defendido por DINIZ, 2017, p. 44 e VENOSA, 2005, p. 27. Este último defende, ademais, que “No direito de família, a ordem pública prepondera dispondo sobre as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento etc. Tal se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como sua célula básica, dedicando-lhe proteção especial (art. 226, *caput*, CF). Por outro lado, esse ramo também possui normas supletivas que permitem, por exemplo, acordos entre cônjuges na separação a respeito de seu patrimônio, visita e guarda e filhos etc.”

¹⁵ Como é o caso de Guillermo A. Borda (BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil: familia**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, v. 1). Para o autor, a pretensão de se deslocar a família do direito privado representa um contrassenso, já que, enxergar o direito de família como direito público prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima, como tantos que ocorrem ordinariamente.

2 O CASAMENTO COMO PONTO DE INÍCIO DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA

2.1 A origem do casamento

Como mencionamos, a monogamia desempenhou, historicamente, papel fundamental no desenvolvimento da família e, conseqüentemente, da sociedade como a enxergamos hoje.

Buscando por registros na História, já na Antiguidade, enquanto estava em vigência o Código de Hamurabi¹⁶, era prevista a união monogâmica de casais, ainda que o concubinato fosse aceito. Neste ponto histórico, também Engels¹⁷ já aponta, em sua análise do surgimento da família, que nas sociedades primitivas não existia uma relação conjugal propriamente dita, mas sim relações familiares grupais e promíscuas. “A família é entidade sociológica que independe do tempo e do espaço”, afirma.

Neste mesmo sentido, ressalta-se o estudo de Claude Lévi-Strauss¹⁸, que revolucionou o entendimento das relações de parentesco ao propor que a família, na verdade, constituía-se não apenas através da unidade consanguínea entre seus membros (mães/pais e filhos), mas também da relação entre grupos distintos, cuja aliança se dava através do casamento entre um homem e uma mulher, vindos, cada um, de grupos familiares próprios.

A figura da formação familiar baseada na monogamia, portanto, passa a ter mais força e prática anos adiante, já na sociedade romana — da qual, aliás, não poderíamos desviar a análise, haja vista que o direito brasileiro tem as suas origens fincadas no direito romano.

“A família romana não era necessariamente unida por vínculo de sangue, mas pela identidade de culto”¹⁹. Tratava-se, pois, de grupos numerosos cuja união se mantinha até depois da morte de seus membros. Havia uma figura principal, o *pater*, que exercia a chefia da família e acumulava as funções de sacerdote, legislador, juiz e proprietário, além do poder de punição (*jus puniendi*) dos demais membros da família.

¹⁶ O Código de Hamurabi trata-se do mais remoto conjunto de leis de que se tem notícia. Insculpido em um monumento de pedra talhada durante o Império Babilônico, consiste em 281 preceitos que estabelecem regras sobre a vida, a propriedade, apresentando hipóteses de soluções e penalizações por seu descumprimento. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>. Acesso em: 19 out. 2019.

¹⁷ ENGELS, Friederich. 1984, p. 66.

¹⁸ LÉVI-STRAUSS, C. **Les structures élémentaires de la parente**. Paris, Mouton, 1967.

¹⁹ VENOSA, 2005, p. 41.

Tal como ressalta Álvaro Villaça Azevedo²⁰, “entre os romanos, não se encarou o matrimônio como uma relação jurídica, mas como um fato social, produtor de efeitos jurídicos reflexos, parecido, neste ponto, com a posse, *possessio*.”

Assim, à mulher era dado o papel de subordinada ao marido ou, na falta deste, ao pai, a quem cabia, por sua vez, o direito de designar à filha um marido para após a sua morte. O casamento solene era, à época, a consagração máxima da união de um casal, mediante um culto religioso cuja celebração, acompanhada por dez testemunhas, recebia o nome de *confarreatio*²¹. Era, assim, a concretização de “um laço sagrado por excelência”²².

Havia ainda outras duas modalidades de união de casais além do casamento religioso: a *coemptio*, uma espécie de negócio jurídico que, quando formalizado, permitia ao homem comprar uma esposa para casar, pagando o preço ao pai da mulher; e o *usus*, que se concretizava quando a mulher convivia por um ano ininterrupto com o marido. Essas formas jurídicas de casamento eram denominadas de *cum manum* e implicavam na transição da autoridade sobre a mulher do pai ao marido, em uma forma de transmissão de titularidade que se assemelhava à dos escravos.

Anos depois, já no período da República romana, outra forma jurídica de casamento passou a existir: a *sine manum*. Nela, não havia qualquer tipo de exigência para a concretização do casamento, nem mesmo a convivência, e à mulher era garantido permanecer sob a tutela de seu pai, além de ser-lhe permitido receber herança e dispor de seus bens. Não demorou muito para que os casamentos do tipo *cum manum* caíssem em desuso.

Por fim, ainda em Roma, surgiu a figura do *justae nuptiae*²³, uma espécie de casamento livre, cujos requisitos eram apenas a capacidade e consentimento dos cônjuges, além da ausência de impedimentos para o matrimônio²⁴.

Em todas essas formas, no entanto, havia um elemento comum, imprescindível para a continuidade da comunhão de vida entre marido e mulher: a *affectio maritallis*, que nada mais é do que a “consciência de ambos os cônjuges de que a comunidade que integram é o

²⁰ AZEVEDO, 2003, p. 16.

²¹ A celebração recebia este nome porque, na ocasião, era servida uma torta de cevada aos convidados, que era então dividida entre os esposos como símbolo da vida comum que ali se iniciava. Esse costume é o que deu origem ao bolo de casamento.

²² VENOSA, 2005, p. 41.

²³ Ou “justas núpcias”, em tradução livre.

²⁴ MONTEIRO, 2009, p. 29.

matrimônio”²⁵, ou, ainda, a “vontade espontânea dos cônjuges de tratarem-se como marido e mulher.”²⁶

Ainda sobre a *affectio maritallis*, as palavras de Álvaro Villaça Azevedo²⁷:

A afeição conjugal é, desse modo, indispensável fator à própria existência do casamento, pois parece ter sido uma lição dos romanos, plantada como semente de grande espiritualidade, que deu ao matrimônio esse colorido imaterial, entretanto, em um regime de desigualdade de direitos entre o homem e a mulher, mas que viria a ser cultivada, em sentido de constante humanização, sob a influência do cristianismo, como verdadeiro exemplo à formação da família moderna, onde a independência dos membros da família existe, e sob um mútuo controle e respeito de um pelo outro.

De qualquer modo, em todas as formas do casamento na era romana²⁸ pode-se observar uma finalidade em comum: a prole dos nubentes — e, com ela, a manutenção da riqueza da família dentro de si própria. Essa finalidade apenas será abalada tempos depois, com o advento do Cristianismo e a noção do matrimônio como um evento sagrado.

E foi, de fato, com o advento do Direito Canônico diante da expansão da Igreja Católica que o casamento deixou de ser visto como negócio para ser conceituado como sacramento. Assim, todas as regras atinentes à sua consagração, validade e prática passaram a ser subordinadas às regras religiosas do catolicismo (o que, durante muitos anos, permaneceu sendo assim de maneira intocável).

Posteriormente, no Código Civil de Napoleão, promulgado logo após a Revolução Francesa (que, também neste aspecto, representa um efetivo marco às relações civis), o casamento foi inserido como forma de união entre o homem e a mulher que desejavam desenvolver a sua própria família, passando, inclusive, a prever pela primeira vez hipóteses que justificariam o divórcio.

²⁵ AZEVEDO, 2003, p. 16.

²⁶ JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Romano**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 113.

²⁷ AZEVEDO, 2003, *loc. cit.*

²⁸ “De acordo com o conceito romano de casamento, atribuído a Modestino, “*nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”, ou seja, “as núpcias são a união do homem e da mulher, consórcio de toda a vida: a comunicação do direito humano e divino.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *In: Família e Sucessões: entidades familiares*. Coleção doutrinas essenciais. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 316).

Nos dias de hoje, pode-se dizer, assim como aventado por Washington de Barros Monteiro, que a regulamentação sobre o casamento no mundo se subdivide em quatro grupos, tal como elencado por Maria Helena Diniz²⁹:

1º) países em que só o casamento civil é válido, ressalvada aos contraentes, porém, a celebração do matrimônio religioso (Brasil, quase todas as legislações sul-americanas, Alemanha, Suíça, antiga Tchecoslováquia); 2º) países que concedem aos nubentes liberdade de opção entre o matrimônio civil e o religioso, em ambos reconhecendo o mesmo valor legal (Inglaterra, EUA); 3º) países em que se mantém a preeminência do casamento religioso, sendo o civil acessível apenas às pessoas de outra religião que não a oficial (Espanha e Escandinávia); 4º) e países em que subsiste apenas o casamento religioso (Líbano e Grécia).

Pode-se afirmar, assim, que atualmente predomina a ideia de uma maior abrangência na celebração do casamento, já que são maioria os países que, embora legalmente deem valor jurídico apenas ao casamento civil, não impedem os nubentes de também celebrarem o matrimônio de acordo com a religião de sua preferência, como forma de garantir a livre expressão de consciência e de culto.

2.2 Evolução histórica do casamento no Brasil

No Brasil, a Igreja Católica dominou, por muito tempo — especialmente na fase imperial — a regulamentação da matéria atinente aos direitos matrimoniais. Com a promulgação do Decreto de 03 de novembro de 1827, instituiu-se que as regras advindas do Direito Canônico regeriam todos os atos nupciais no país³⁰, especialmente com base nas disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia³¹. Em nenhuma dessas leis, contudo, se previa o casamento civil — que, aliás, sequer existia à época — focando-se a legislação no aspecto sagrado do casamento, apenas.

Com o passar dos anos e a chegada de povos imigrantes de diversas regiões do mundo, não demorou muito para que a regra antes estabelecida fosse revista. Foi quando, em 19 de

²⁹ DINIZ, 2017, p. 65.

³⁰ Vale lembrar que a Constituição do Império, promulgada em 1824, previa a religião católica como a religião oficial do império brasileiro, de modo que a regulamentação acerca dos direitos privados derivava, inicialmente, das regras estabelecidas pela Igreja Católica — à época, especialmente as definidas no Concílio Tridentino, realizado entre 1545 e 1563. O Decreto de 03 de novembro de 1827, portanto, foi promulgado com a intenção de atribuir força legislativa ao diploma religioso que versava sobre o casamento.

³¹ Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/222291>. Acesso em: 17 set. 2019.

julho de 1858, o então Ministro da Justiça Diogo de Vasconcelos apresentou o projeto de lei do que, em 1861, transformar-se-ia no Decreto 1.144, pelo qual se autorizava que o casamento entre pessoas não católicas fosse realizado de acordo com a religião de preferência dos noivos.

Passou-se, então, a existir três tipos de celebração do matrimônio no Brasil³²: o **católico**, celebrado de acordo com as normas do Direito Canônico; o **misto**, celebrado de forma heterógena entre o católico e o acatólico, mas também de acordo com as normas do Direito Canônico; e o **acatólico**, que unia pessoas de religiões outras, de acordo com as suas respectivas crenças.

Neste ponto, vale ressaltar a crítica feita por Álvaro Villaça no que diz respeito à autonomia do casamento religioso em relação ao casamento civil, como forma de assegurar a liberdade na manifestação da vontade das partes envolvidas. Assevera o autor³³:

Como deixei claro em todas as minhas manifestações anteriores, entendo que deve voltar a existir o casamento religioso, só com celebração religiosa, ao lado do casamento civil, com os formalismos abrandados, inclusive no tocante à separação e ao divórcio, e ao lado da união estável e de outras formas de constituição de família. Assim, com maior ou menor liberdade, teríamos o casamento sob todos os seus aspectos históricos e institucionais mais importantes. A sociedade moderna está repelindo os excessos de formalismos, com tendência ao casamento simples, do passado. O casamento, na antiguidade, sempre mostrou-se pela celebração religiosa ou das próprias partes interessadas, sem a participação do Estado. Assim, a celebração religiosa deve ter autonomia e ser reconhecida pelo Estado, por si só, independentemente de registo civil.

2.2.1 A proclamação da República e as alterações legislativas

Foi apenas com a proclamação da República, contudo, que o casamento deixou de ser visto como uma celebração precipuamente religiosa. Durante este período, sucederam-se decretos e atos legislativos³⁴ diversos que tiveram por objetivo instituir o casamento civil,

³² DINIZ, 2017, p. 66.

³³ AZEVEDO, 2003, p. 32.

³⁴ Veja-se, como exemplos, o Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, a circular do Ministério da Justiça de 11 de junho de 1890 e o Decreto nº 521 de 26 de junho de 1890 (posteriormente revogado pelo Decreto nº 11 de 18 de janeiro de 1991), que inclusive previa a pena de 6 meses de prisão e multa ao ministro de qualquer religião que que celebrasse cerimônia religiosa de casamento antes de qualquer ato civil. Há, no entanto, que se destacar o aspecto até então absolutamente patricarcal (*sic*) e patrimonialista que cercava o casamento, como ressalta Renata Multedo: “O modelo de família patricarcal (*sic*) que vigorou de forma predominante no Brasil até o século XIX — que se firmou como o centro de produção econômica, religiosa e política, tendo como base o casamento — obscureceu outras formas de arranjos familiares que se organizaram por todo o território nacional e refletiram as possibilidades de sobrevivência de uma população numerosa numa sociedade desigual.” (MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e

inclusive deixando de atribuir, no início, qualquer efeito jurídico ao casamento celebrado apenas religiosamente.

A primeira Constituição da República do Brasil, promulgada em 1891, estatuiu em seu artigo 72, § 4º, que só seria reconhecido o “casamento civil, cuja celebração será gratuita”, generalizando e confirmando, então, a prática do casamento por meio do Direito Civil e que pode, até os dias atuais, ser celebrado paralelamente ao ato religioso, se assim for da vontade dos nubentes.

2.2.2 Lei Feliciano Pena

Em que pese não tratar das formalidades para a realização do casamento em si, a chamada Lei Feliciano Pena³⁵ (Decreto nº 1.839 de 1907) trouxe importante inovação ao ordenamento jurídico ao prever, pela primeira vez, a participação do cônjuge sobrevivente na sucessão do morto em posição preferencial aos colaterais.

Essa alteração, posteriormente adotada e mantida pelo Código Civil de 1916, é de extrema relevância na história da evolução do casamento porquanto dali em diante passou-se a atribuir ao cônjuge maior vantagem na linha sucessória do que aos irmãos do falecido, confirmando-se, assim, a impressão de que o núcleo familiar formado pelo casamento era mesmo, em certa medida, mais relevante do que o núcleo formado entre irmãos.

2.2.3 Código Civil de 1916

Nos idos de 1899, o renomado jurista cearense Clóvis Beviláqua foi convocado pelo então Ministro da Justiça, Campo Salles, para elaborar o projeto do que seria o primeiro Código Civil brasileiro, posto que até aquele momento as normas que vigoravam no país ainda advinham das Ordenações Filipinas, originalmente promulgadas em 1595 e que permaneceram em vigor no Brasil por mais tempo do que em Portugal, já que lá foram revogadas pelo Código

parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 27). No mesmo teor, a visão crítica de Álvaro Villaça Azevedo: “Com isso, deixou o Estado brasileiro não só de considerar o casamento de fato (por mera convivência duradoura dos cônjuges), bem como o casamento religioso, que, por si só, sem o posterior registro, era, e é, considerado concubinato puro, hoje união estável. Não tem ele existência autônoma, independente, como antes desse Decreto de 1890.” (AZEVEDO, 2003, p. 53).

³⁵Texto integral disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Civil de 1867³⁶. Cerca de 27 anos depois de iniciado o Projeto, em 1º de janeiro de 1916 passou então a vigorar o Código Civil Brasileiro de 1916.

O Código Civil de 1916 consolidou e regulamentou o casamento civil sem fazer qualquer menção à celebração religiosa. Entretanto, o diploma estabelecia ao casamento condições ainda bastante carregadas com as ideias da época: um evidente peso patriarcal, atribuindo aos pais dos nubentes, inclusive, a decisão acerca da autorização do casamento do filho menor de vinte e um anos (levava-se a opinião do pai em preferência à da mãe, caso houvesse divergência entre eles em relação à outorga da autorização; tratava-se de evidente resquício da imposição da figura masculina em detrimento da feminina, que ainda se via bastante presente naquela legislação).

Ainda, o Código Civil de 1916, que bem retratava a sociedade conservadora e patriarcal da época, impunha à mulher a perda de sua plena capacidade, tornando-se esta, ao casar-se, relativamente incapaz, tal como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar, a esposa precisava da autorização do marido, bem como a ela se impunha a adoção dos apelidos (sobrenomes) deste. O casamento era indissolúvel, com a exceção do desquite, que colocava fim à sociedade conjugal, mas não ao vínculo do casamento.

De modo geral, o Código Civil de 1916 consolidou a ideia de que “só o casamento constituía a família legítima”, de modo que os vínculos extraconjugais, além de não reconhecidos, ainda eram punidos.

2.2.4 As Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967

Durante a vigência do Código Civil de 1916, sobrevieram os seguintes textos constitucionais: de 1934, que pela primeira vez previu a possibilidade de serem atribuídos efeitos civis ao casamento religioso, desde que observadas as prescrições legais³⁷; de 1946, que

³⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 63.

³⁷ Era o teor do artigo 146 daquela Carta Magna: “Art 146 — O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.” Álvaro Villaça também comenta: “Com o advento da Constituição de 16 de julho de 1934, por seu art. 146, declarou-se, novamente, civil o casamento, com celebração gratuita, possibilitando-se a qualquer casamento religioso, desde que seu rito não contrariasse a ordem pública e os bons costumes, produzir os mesmos efeitos do casamento civil, “desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no

confirmou o texto anterior e possibilitou que o casamento religioso com efeitos civis fosse inscrito em Registro Público de imediato, tão logo celebrado³⁸; e o de 1967, que pela primeira vez previu, com a Emenda Constitucional 9/77, hipóteses de dissolução do casamento em casos expressos em lei³⁹.

Foi, aliás, com o surgimento das possibilidades de dissolução do casamento que a matéria no Brasil passou a sofrer uma rápida — e necessária — reforma.

2.2.5 Lei de Proteção da Família

Em 1941, promulgou-se o Decreto-Lei nº 3200, intitulado Lei de Organização e Proteção da Família⁴⁰, que, logo em seu artigo primeiro, estampava a autorização de celebração de casamento entre colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau (tios e sobrinhos, portanto), desde que a sua sanidade fosse atestada por dois médicos de “reconhecida capacidade” (art. 2º), a fim de que se confirmasse “não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio”⁴¹.

processo da oposição dos impedimentos”, fossem observadas as disposições da legislação civil e que fosse ele inscrito no Registro Civil, gratuito e obrigatório, portanto.” (AZEVEDO, 2003, p. 68).

³⁸ Conforme o artigo 163 daquele texto: “Art 163 — A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º — O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 2º — O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.”

³⁹ Sobre este ponto da História brasileira, Washington de Barros Monteiro anota o seguinte: “Com a superveniência dessa modificação constitucional, triunfou, em nosso país, a campanha contra o princípio da indissolubilidade, consagrado em todas as Constituições anteriores. [...] Em tais condições, a iniciativa, de natureza divorcista, propugnada pelo Senador Nelson Carneiro, rejeitada pelo Congresso no ano precedente, por não haver alcançado o *quorum* então exigido, pôde facilmente passar no ano seguinte, por ter obtido maioria absoluta. Sobreveio, assim, *per consequentiam*, a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que deitou por terra o princípio da indissolubilidade, possibilitando o advento da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, conhecida como Lei do Divórcio, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, de seus efeitos e respectivos processos, e deu outras providências.” (MONTEIRO, 2009, p. 313-314).

⁴⁰ Texto integral disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴¹ Sobre este tema, José Fernando Simão destaca: “Em 1941 editou-se o Decreto-lei 3200 que versou sobre o tema. Note-se que o Decreto-lei em questão trata da questão exclusivamente sob a ótica médica. Há, na época, uma opção clara por se permitir ou não o casamento avuncular à luz dos riscos à prole ou aos cônjuges. [...] Toda a sistemática se afasta de questões morais para concentrar o tema sob a ótica de problemas de saúde aos nubentes (fala-se em sanidade ou saúde) ou da prole (risco de transmissão de doenças ou deformidades). Já o Código Civil de 2002, reproduziu o antigo Código Civil ao proibir o casamento avuncular. Assim, dispõe o art. 1.521 que não podem se casar: IV — os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive. A redação legal não deixa dúvidas e o advérbio inclusive, do latim *inclusum*, significa o que inclui. Logo, gramaticalmente a proibição ao casamento avuncular passa a ocorrer na vigência do atual Código Civil.

Aquele que tentasse burlar o exame médico ou que se habilitasse para o casamento sabendo de que o exame resultaria negativo para a união era considerado autor do crime previsto no artigo 237 do então recém editado Código Penal, vigente até os dias atuais, punível com pena de detenção de três meses a um ano⁴².

O mesmo Decreto ainda previu, dentre outras medidas, a possibilidade de desconto em folha de pagamento de pensão alimentícia fixada em favor do cônjuge desquitado, além da liberação de mútuos com os institutos de previdência pública e caixas econômicas federais a trabalhadores com menos de trinta anos de idade, a serem quitados no prazo máximo de vinte anos.

2.2.6 Estatuto da Mulher Casada

O primeiro grande marco da representação feminina face à hegemonia até então masculina que permeava a legislação a respeito do casamento se deu com a aprovação, em 27 de agosto de 1962, da Lei nº 4.121, posteriormente denominada de Estatuto da Mulher Casada, de autoria do então deputado Nelson Carneiro.

Através dele, ao contrário do que até então determinava o vigente Código Civil de 1916, devolveu-se à mulher a sua plena capacidade civil, mesmo enquanto casada, passando ela a figurar como efetiva colaboradora na administração da sociedade conjugal.

Foi também por esse Estatuto que se desincumbiu à mulher a necessidade de autorização do marido para trabalhar e se instituiu o que se chamou de “bens reservados”: os bens adquiridos onerosamente pela mulher com os frutos de seu trabalho remunerado eram considerados bens

Contudo, a doutrina propõe que o Código Civil não revogou o Decreto-lei 3200/41 que sobrevive, na qualidade de lei especial, já que não há expressa contrariedade entre a lei anterior especial (decreto-lei 3200/41) e a lei geral posterior (Código Civil de 2002). Nesse sentido, temos Regina Beatriz Tavares da Silva (ao atualizar Washington de Barros Monteiro, v. 2, 39. ed., p. 85), Maria Helena Diniz (v. 5, 26. ed., p. 86), Carlos Roberto Gonçalves (v. 6, 7. ed., p. 72), Silvio Venosa (v. 6, 12. ed., p. 73), Luiz Edson Fachin e Carlos Pianovski Ruzyk (Código Civil comentado, v. 15, p. 64), Maria Berenice Dias (Manual de Direito das famílias, 4. ed., p. 148), Carlos Alberto e Adriana Dabus Maluf (Curso de Direito de Família, p. 134) e Francisco José Cahali (ao atualizar Silvio Rodrigues, v. 6, p. 43): “Considerando tratar-se a previsão de casamento entre colaterais de terceiro grau de regra específica, inserida em legislação própria de proteção à família, não terá sido revogada por codificação geral posterior”. Diante da unanimidade doutrinária, foi aprovado o Enunciado 98 do CJF: “98 — O inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-Lei n. 3.200/41 no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau.”. (SIMÃO, José Fernando. **Casamento avuncular homoafetivo?** Casamentos entre tios e sobrinhos. Artigo publicado no Jornal Carta Forense, em 4 nov. 2013. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/casamento-avuncular-homoafetivo--casamentos-entre-tios-e-sobrinhos/12387>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴² Código Penal, art. 237 — Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena: detenção, de três meses a um ano.

particulares seus, não englobando a totalidade dos bens a serem partilhados em caso de sucessão ou desquite, a depender do regime de bens que regia o casamento.

Por fim, o Estatuto da Mulher Casada ainda deu origem ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, assegurando a este a posse direta do bem imóvel que servia à residência do casal, reservando-se aos herdeiros tão somente a sua nua propriedade.

Todas essas modificações trazidas pelo Estatuto são de suma importância na evolução histórica que se assistiria na sequência, especialmente no que diz respeito ao papel ocupado pela mulher no casamento e na sociedade. Vale lembrar que apenas poucos anos antes, em 1932, a mulher passou a deter o direito ao voto, marcando de vez a sua presença e permanência na participação ativa da vida em sociedade — e essa tendência, sabemos, não se encerrou ali.

2.2.7 Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77)

Em 28 de junho de 1977 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 09/77⁴³, que pela primeira vez introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial através do divórcio.

Quebrada a barreira constitucional que impedia a legislação sobre o tema, não demorou muito para que diversos projetos de lei abordando e regulamentando o divórcio fossem apresentados perante o Congresso Nacional. O projeto ao final aprovado, promulgado em 26 de dezembro de 1977, resultou na então intitulada Lei do Divórcio, causando, muito mais do que apenas no âmbito legislativo, efetiva mudança na sociedade e na forma de comportamento do brasileiro em relação à forma como se comprometia com o casamento até então.

Inicialmente proposta em outubro do mesmo ano pelo então senador carioca Nelson Carneiro, o projeto de lei que visava à instituição da figura do divórcio no Brasil sofreu inúmeras críticas até ser finalmente promulgado como lei federal, em dezembro de 1977. Constam dos arquivos do Senado Federal da época intensos debates entre os legisladores em plenário, sendo clara a divergência — e a resistência — que se instalava em relação ao tema⁴⁴.

⁴³ “Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 175. [...] § 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.”

⁴⁴ Por exemplo, quando aprovadas as emendas que posteriormente seriam adicionadas ao texto original proposto, foi levantado o seguinte argumento pelo então Senador Geraldo Freire, representante de Minas Gerais: “Sr. Presidente, quero apenas que fique consignado que a aprovação da matéria atinente ao divórcio não é unânime. Ontem, houve uma verificação de votação em que numerosos Parlamentares deixaram bem clara sua posição contrária à medida. Os Anais registraram a discordância não só do orador que está falando, como de numerosos

Como afirma Silvio Venosa, na época em que foi promulgada a Lei do Divórcio acreditava-se que uma gigantesca quantidade de casos de divórcio abarrotaria os Tribunais de uma só vez. Esse argumento, contudo, era logicamente atrelado à resistência, ainda muito influenciada pelos ideais católicos que sempre permearam a cultura brasileira, à ideia de que o casamento poderia, por simples vontade dos noivos, ter fim.

“Nada disso aconteceu”, ressalva o autor. “Como em outros países, o divórcio foi absorvido de forma tranquila pela sociedade brasileira.”⁴⁵

A Lei do Divórcio previa, originalmente, três teorias para a admissão do divórcio no Brasil⁴⁶: o divórcio-remédio, aplicável aos casos em que o casal se encontrava em situação demasiadamente sofrível, fosse para ambos ou para um dos cônjuges; o divórcio-falência, quando se concretizava a ruptura da vida comum e tornava-se impossível o seu reestabelecimento pelo casal; e o divórcio-sanção, que tinha por objetivo aplicar ao cônjuge que violasse os deveres conjugais a pena consistente na dissolução do vínculo matrimonial.

Ou seja, um casal que optasse por dissolver o seu casamento, poderia, a partir do advento da Lei de 1977, requerer o seu divórcio judicialmente (neste caso, o divórcio-remédio) e, com o seu decreto, passariam os ex-cônjuges, então, a estarem autorizados a casarem-se novamente no futuro, se assim desejassem.

Também em relação à agora possível dissolução do casamento do meio do divórcio nota-se uma maior garantia aos direitos das mulheres, já que, ao se divorciarem, diferentemente do que ocorria com a mulher desquitada, agora poderiam elas casarem-se novamente perante a lei civil se um dia assim desejassem, não mais permanecendo deixadas à própria sorte pelo “abandono” do marido do qual se desquitaram.

Sobre este tema, e em complemento ao quanto analisado no item anterior, Maria Helena Diniz⁴⁷ pontua:

No Brasil, a mulher casada, durante muito tempo, sofreu tratamento diferenciado. Seus direitos e deveres passaram por sensíveis e grandes

companheiros que lideram essa delegação.” Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30NOV1977.pdf#page=70>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁵ VENOSA, 2005, p. 225.

⁴⁶ Maria Helena Diniz aponta a curiosa redação da Lei italiana nº 898 de 1970 (vigente até os dias atuais, embora alterada pelas leis nº 436/78 e 74/87), que, como menciona a autora, “diversamente de outros ordenamentos não admite o divórcio consensual nem o divórcio-sanção, como reação a um ato culposo, cometido por um consorte contra o outro. O divórcio é apenas um remédio para um casal falido, ou seja, quando a sua união material ou espiritual não pode ser mantida” (DINIZ, 2017, p. 370).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 155-156.

modificações, principalmente ante as disposições estatuídas nas Leis ns. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) e 6.515/77, no sentido de emancipá-la dentro do lar, pois o nosso Código Civil de 1916 continha preceitos que a discriminavam, dentre eles o do art. 6º, que a considerava relativamente incapaz. Todavia, é bom esclarecer que tal incapacidade vigorou em função do matrimônio e não do sexo, sendo defendida em razão da necessidade de ter a sociedade conjugal uma chefia, e, como esta competia ao homem, a mulher passou a ser tida como incapaz; contudo esta incapacidade cobria-se pela autorização e não pela assistência, o que nos mostra, nitidamente, a conclusão feita pelo legislador pátrio entre incapacidade e falta de legitimação. De forma que, como observa Silvio Rodrigues, se o próprio art. 6º do Código Civil de 1916, ao declarar incapazes as pessoas nele enumeradas, ressaltava que tal incapacidade se circunscrevia a certos atos, ou à maneira de os praticar, e se, quanto a determinados atos, tanto a mulher casada como o homem casado não tinham legitimação para os praticar sem o consentimento de seu consorte e se, obtida tal anuência, podia o cônjuge praticar o ato sem qualquer restrição, visto que o assentimento de um consorte conferia ao outro legitimação para agir, a expressão *incapaz*, com seu possível sentido pejorativo, se mostrava inadequada e, se fosse valedora, deveria abranger, por igual, o marido. Daí se infere que essa incapacidade relativa da mulher casada era uma incoerência e uma ilogicidade, pois a própria lei impunha a necessidade de aquiescência da mulher para que o marido pudesse praticar determinados atos jurídicos. A Lei n. 4.121/62 aboliu essa injustificada incapacidade relativa da mulher casada.

2.2.8 Constituição Federal de 1988

A maior e mais importante reforma realizada no direito de família, contudo, veio onze anos mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, também chamada de **constituição cidadã**, dado o foco e relevância trazidos em seu texto para a garantia dos direitos e liberdades sociais e individuais, não apenas confirmou a inovação trazida com a Lei do Divórcio, como ainda ampliou as possibilidades de sua concessão.

No que diz respeito à equalização dos direitos de homens e mulheres, seguindo a tendência da evolução que já vinha sendo vista na legislação da época, o novo texto constitucional enfatizou a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (inc. I do art. 5º) e, repetidamente, afirmou que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º do art. 226). E mais: já em seu preâmbulo a Carta Magna assegura o direito à igualdade e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (inc. IV do art. 2º).

Já no que se refere à extinção do vínculo conjugal, com relação à lei anterior, inovou o novo texto constitucional ao prever a possibilidade de ser decretado o divórcio direto quando

comprovada a separação de fato do casal⁴⁸ por mais de dois anos (conforme a antiga redação do art. 226, §6º, cuja alteração, substancial, se deu com a Emenda Constitucional 66/2010, sobre a qual trataremos mais adiante).

Neste ponto, a Constituição Federal, recepcionando automaticamente⁴⁹ o regime legal já em vigor à época de sua promulgação, passou a permitir então que casais separados de fato há pelo menos dois anos pudessem pleitear o seu divórcio direto consensual, caso ambos concordassem com a dissolução do matrimônio (com base no art. 40, §2º da Lei nº 6.515/77), ou o divórcio direto litigioso, caso um dos consortes não concordasse com as causas de fim do casamento, então arroladas no artigo 5º, §§ 1º e 2º da mesma Lei nº 6.515/77.

Por fim, em relação ao conceito de família, a Constituição Federal de 1988 equiparou as mais diversas formações sociais e lhes concedeu posição de igualdade ao atribuir a todas elas a qualidade de família, passando a reconhecê-las também nesta qualidade ao lado do casamento, que antes ocupava, sozinho, a posição de única entidade familiar reconhecida pelo direito pátrio. A partir de então, ao lado do casamento passaram a coexistir como entidade familiar também a união estável entre homem e mulher e também a comunidade formada entre quaisquer dos pais e seus filhos, as chamadas famílias monoparentais.

A respeito da nova ordem Constitucional iniciada em 1988, Gustavo Tepedino⁵⁰ afirma que:

A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da perda de centralidade do código civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores. O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração do papel atribuído às entidades familiares e, sobretudo, na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve à base do sistema. Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

⁴⁸ Enunciado Programático do IBDFAM, n. 2: “A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.”

⁴⁹ Citando José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz aponta que o autor definia este exercício como eficácia construtiva, quando a “incidência da nova norma constitucional sobre as de ordenação inferior, anteriores a ela e materialmente compatíveis com ela [...] são quase que por ela recriadas” (SILVA, 1968, p. 205-208 *apud* DINIZ, 2017, p. 383).

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. Disponível em: <http://www.femperj.org.br>. Acesso em: 25 mar. 2020.

Não há dúvida, pois, de que a nova disposição constitucional a respeito do conceito de família e a descentralização por ela trazida e relação à figura do casamento, até então única forma legítima de se constituir a entidade familiar, tratou-se de marco relevantíssimo à evolução da matéria e mudou por completo a forma como a sociedade brasileira passou a encarar (e a ter legitimada) a formação da própria família, principalmente por inserir neste âmbito também as uniões estáveis.

Entretanto, nem todos os dispositivos da nova Constituição Federal foram automaticamente recepcionados pela legislação ordinária vigente à época⁵¹ — mormente aqueles que tratavam a respeito do casamento e das formações familiares até então não reconhecidas (ou ditas “ilegítimas”) pelo Código Civil de 1916. Era nítido, assim, que se fazia necessária a edição de uma nova lei civil no país de modo a regulamentar e trazer efetividade às inovadoras disposições constitucionais.

2.2.9 Código Civil de 2002

Muito embora o Código Civil anterior tenha vigorado por quase cem anos, período que comportou inúmeras e enormes transformações sociais no Brasil, especialmente no âmbito da

⁵¹ Sobre este ponto, Maria Berenice Dias aponta: “Um dos dispositivos que mais revolta gerava — ao menos entre as mulheres — era o defloramento configurar erro essencial sobre a pessoa. Ignorando tal “defeito”, o marido podia pedir a anulação do casamento (CC-16, art. 219, inc. IV). Apesar de a jurisprudência majoritária ter passado a decantar a inconstitucionalidade desse dispositivo, após o advento da Constituição Federal, ainda havia decisões judiciais anulando o casamento sob esse fundamento. Mas não era só. Mantinha o Código Civil em elencos distintos os direitos e deveres do marido (arts. 233 a 239) e da mulher (arts. 240 a 255). Permaneceu no texto legal assertivas como essas: art. 233 — o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher [...]. Compete-lhe: inc. I — a representação legal da família; inc. II — a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher [...]; inc. III — o direito de fixar o domicílio da família [...]; inc. IV — prover a manutenção da família [...]. Normas outras também previam tratamento diferenciado entre os cônjuges. Assim o art. 224: Concedida a separação, a mulher poderá pedir os alimentos provisionais [...]. O art. 234 dizia: A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar. Dita norma dava ensejo a várias interrogações. Como provar a recusa? Para cessar o encargo do marido deveria a mulher ser “notificada” a voltar para casa? O que evidenciaria a falta de motivo para o abandono?”

Todos estes dispositivos continuavam escritos na lei, apesar de há muito não mais se justificarem, até porque a Lei do Divórcio estabelecia a reciprocidade da obrigação alimentar. A partir da Constituição não mais se podia falar em família legítima, pois a união estável, ao lado da família monoparental, foram consagradas como entidades familiares merecedoras da proteção do Estado. Mas o Código Civil ainda consignava: art. 229 — Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns [...]. Igualmente a filiação não mais podia ser rotulada de forma discriminatória e nem se sujeitar a sequelas de ordem patrimonial pelo fato de a concepção ter ocorrido fora da “família legítima”. Assim, toda a adjetivação que acompanhava os filhos não mais vigorava, mas continuava na lei.” DIAS, Maria Berenice. **A Mulher no Código Civil**. [21-?] Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

família, já do anteprojeto do que se consolidaria como o novo Código Civil brasileiro se previa a confirmação das inovações trazidas anos antes pela Carta Magna.

Revogando o ordenamento anterior, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/03), que passou a ter vigência em 11 de janeiro de 2003, voltou a admitir, e assim confirmar a sua constitucionalidade neste aspecto, as figuras do divórcio direto consensual e litigioso caso comprovada a separação de fato dos cônjuges por mais de dois anos, o que se denota da leitura dos artigos 1.571, §2º, 1.579, 1.581, 1.584, 1.586, 1.589, 1.590, 1.694, 1.708 e 1.709 — todos, responsáveis por prever diretrizes e critérios para a solução de questões atinentes à dissolução do casamento sem, contudo, tratar da culpabilidade das partes pelo fim da relação.

Ao possibilitar que apenas um dos cônjuges, comprovando a situação de separação de fato por mais de dois anos, pudesse pleitear pela dissolução do vínculo matrimonial por si próprio, o Código Civil de 2002 mostrou-se um importante marco na consolidação da figura do divórcio direto no Brasil.

Além da reiteração do divórcio direto, o Código Civil de 2002, também inovando em relação ao anterior, diminuiu para dezoito anos a idade mínima para a habilitação ao casamento e, ainda, trouxe a possibilidade de alteração posterior do regime de bens pelo cônjuge, o que até então era impossível sob a égide do Código de Bevilacqua.

Contudo, algumas críticas também foram feitas à nova lei civil quando posta em vigor. Nesse sentido, Maria Berenice Dias⁵² apontou remanescentes incongruências na redação do Código Civil de 2002, especialmente no que diz respeito à inconstitucionalidade de suas previsões ante o princípio da igualdade entre homens e mulheres tão ressaltado na Constituição Federal de 1988 e assim afirmou:

Não há como deixar de reconhecer que, na nossa realidade social, o viés patriarcal da família subsiste. O patrimônio ainda está nas mãos dos homens. Os filhos ficam sob a guarda materna e o pai é o devedor de alimentos. Assim, dispensar o adimplemento das obrigações assumidas na separação para a sua conversão em divórcio foi um duro golpe em prejuízo às mulheres. A vontade de obter o divórcio levava o devedor de alimentos a adimplir a dívida. Impunha também a partição do patrimônio comum que, via de regra, está em mãos masculinas.

⁵² DIAS, [21-?], p. 4.

Também a respeito da constitucionalidade do Código Civil de 2002, Gustavo Tepedino⁵³ afirmou em texto da época que o diploma na forma como originalmente redigido era retrógrado e demagógico:

[...] nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade mais do que a propriedade, o ser mais que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. [...] engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto de outubro de 1988.

Na outra ponta, Maria Helena Diniz⁵⁴ defende a atual lei civil e afirma que o Código Civil de 2002 recepcionou a ideia de igualdade impressa na nova ordem constitucional:

A Constituição Federal e o Código Civil atual acabaram instituindo a igualdade jurídica dos consortes, proclamada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), na Declaração de Princípios Sociais da América (México, 1945), na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), e entre nós promulgada pelo Decreto n.31.643/52. (...). Assim, hodiernamente, não há que se falar em poder marital, dever de obediência e fragilidade de sexo. Embora caiba a ambos os cônjuges a direção da sociedade conjugal relativamente aos assuntos domésticos, para manter a unidade diretiva ou uniformidade de orientação, tal unidade não ficará prejudicada, em absoluto, com o nivelamento jurídico da mulher e do marido no plano da capacidade civil, dado que o juiz poderá dirimir conflitos que, porventura, surgirem na seara familiar.

Ao nosso ver, importantes medidas de perseguição e confirmação de direitos mais amplos e iguais entre homens e mulheres foram de fato consolidados através da edição do Código Civil de 2002, que, muito diferentemente do que seu antecessor, passou a reconhecer à mulher e à família direitos básicos que até então eram-lhes renegados pelo Estado.

Contudo, não se pode perder de vista que, tendo se passado quase vinte anos desde a promulgação do Código Civil, foram também editadas neste período importantes alterações legislativas que seguiram no intuito de reconhecer outras formas de entidades familiar e também reforçar a autonomia dos cônjuges em relação ao início, manutenção e extinção do vínculo matrimonial, tal como a Emenda Constitucional 66/2010.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. O novo código civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7, 2001, p. 4.

⁵⁴ DINIZ, 2017, p. 156.

2.2.10 Emenda Constitucional 66/2010 e o fim da discussão de culpa pelo fim do casamento

Toda a relevante modernização atribuída pelo legislador ao instituto do casamento culminou, ainda, na promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, por meio da qual, alterando-se a disposição do artigo 206, §6º da Constituição Federal de 1988, passou-se a permitir o divórcio direto dos cônjuges, sem a necessidade, antes imposta, da prévia separação judicial destes ou do prévio decurso de qualquer período de tempo desde a separação de fato do casal.

Com a publicação da Emenda 66/2010, iniciou-se um acalorado — e ainda não solucionado por completo, embora já bastante esvaído — debate a respeito da até então necessária prévia separação judicial do casal que, após a alteração constitucional, pretendia divorciar-se e que normalmente era acompanhada da discussão acerca da culpa de um (ou de ambos) dos cônjuges pelo fim do casamento.

Isso porque, se antes da promulgação da Emenda era certa e obrigatória a prévia separação judicial do casal que pretendia se divorciar, é certo que depois de julho de 2010 passou a existir uma efetiva dúvida acerca da necessidade e cabimento desta modalidade de separação antes que pudesse se falar no divórcio do casal.

Para que se firme o raciocínio pelo qual se conclui pela extinção do instituto da separação judicial, basta que se analise o efetivo objetivo do legislador ao propor a Emenda Constitucional 66/2010. Apurando-se a justificativa oficial apresentada pelo Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, relator da PEC 413/2005, que mais tarde se consolidou na Emenda Constitucional 66/2010, tem-se que:

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Não é preciso muito para que, da simples leitura da justificativa oficial acima transcrita, apure-se que o real objetivo perseguido pela Emenda Constitucional 66/2010 era, exatamente, a preservação da integridade emocional e psicológica do casal que pretendia se divorciar e que, antes da promulgação da emenda, viam-se obrigados a sustentar, um com o outro, um vínculo que não mais se justificava; um vínculo que sequer possuía base moral para subsistir.

Era, de fato, exigir-lhes que parassem suas vidas — especialmente as afetivas — por aquele mesmo período de tempo, permanecendo casados sem, muitas vezes, sequer terem qualquer tipo de contato um com o outro, ou pior, até obrigando-os a manter o contato que pessoalmente não desejavam mais manter.

Não é crível que a separação judicial tivesse mesmo o objetivo de garantir aos casais uma espécie de “tempo adicional” para que refletissem sobre o divórcio que estavam prestes a obter. É claro que o casal que requeria a sua separação judicial perseguia, unicamente, a decretação de seu divórcio ao final.

Assim, a Emenda Constitucional 66/2010, ao extinguir a exigência pelos prazos de separação judicial e viabilizar ao casal que requeira e tenha decretado seu divórcio diretamente e sem qualquer requisito prévio, criou aos casais brasileiros uma verdadeira liberdade pessoal em relação à sua vida afetiva, tirando deles qualquer exigência para que pudessem definir sobre a continuidade ou não das relações que mantém⁵⁵.

É certo, contudo, que essas mudanças no que diz respeito à simplificação na decretação do divórcio não terminaram por prejudicar qualquer discussão acerca dos efeitos da separação do casal, estas sim mantidas nos exatos termos como antes revistas e que se valem de ações próprias para que sejam discutidas e definidas. É o caso das ações de alimentos, guarda e visitação dos filhos.

⁵⁵ A mesma posição é defendida por Yussef Said Cahali, Rolf Madaleno e Maria Berenice Dias. Esta última ainda defende, em artigo veiculado no exato mesmo dia em que a Emenda 66/2010 foi promulgada, a saber, 13 de julho de 2010, não só a completa extirpação da discussão acerca da culpa pela separação, mas também o irrevogável direcionamento direto dos casais ao divórcio pretendido: “[...] como foi mantido o verbo “pode” há quem sustente que não desapareceu o instituto da separação, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão pelo só fato de continuar na lei civil dispositivos regulando a separação. A conclusão é para lá de absurda, pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado, impunha que as pessoas se mantivessem casadas. O instituto da separação foi eliminado. Todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referente restaram derogados e não mais integram o sistema jurídico. Via de consequência, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal. Outra tentativa de não ver o novo, é sustentar a necessidade de manter a odiosa identificação de um culpado para a separação, porque a quantificação do valor dos alimentos está condicionada à culpa de quem os pleiteia (CC 1.694, § 2º). No entanto, tal redutor está restrito ao âmbito dos alimentos e de forma alguma pode condicionar a concessão do divórcio, até porque caiu por terra o art. 1.702 da lei civil.” DIAS, Maria Berenice. **EC 66/10 - e agora?** Disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>. Acesso em: 17 set. 2019.

E, ao cônjuge que eventualmente tenha se sentido prejudicado com o fim do relacionamento, seja porque sofreu abalo emocional com o comportamento do outro, seja porque não concorda com os motivos que deram fim à relação, ainda lhe é resguardada a ação indenizatória a ser apreciada e julgada por um magistrado atuante na esfera cível, competente pela apuração dos aclamados danos morais que um ou outro possam ter sofrido.

Assim, não restam dúvidas de que, seja pelo pragmatismo pregado, seja pela arrojada modernidade trazida pela Emenda 66/2010 ao Direito de Família brasileiro, pode-se afirmar hoje, com segurança, que o processo prévio de separação judicial, se não totalmente extinto, tornou-se uma medida desnecessária aos casais que pretendem seu divórcio.

Essas alterações — especialmente as que dizem respeito à aparente facilitação da dissolução do casamento pelo legislador — poderiam soar, contudo, como sendo a causa de diminuição no número de casamentos registrados e, conseqüentemente, de aumento no número de divórcios, já que, combinados a fatores que, sociologicamente, levam-nos a enxergar uma sociedade mais instável no que diz respeito às relações afetivas, seriam grandes as chances de que, respaldados pela lei, cada vez mais indivíduos se negariam a efetivamente se casarem.

Contudo, como já adiantado acima, não é isso o que vem acontecendo, mas ao contrário. Mesmo diante das alterações legais, editadas na busca por uma maior proteção às liberdades individuais, cada vez mais pessoas buscam unir-se de maneira formal, solene e, ainda que possa se dizer utopicamente, com ares definitivos. Fazem isso, pois, unindo-se, primordialmente, pelo casamento.

Assim, nas palavras de Silvio Venosa:

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc.

2.2.11 As uniões homoafetivas

O mais recente marco histórico na evolução das relações familiares até aqui sem dúvida é o recente reconhecimento da legalidade das uniões homoafetivas, o que se deu pelo julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 2.477 e a ADPF 132, em maio de 2011⁵⁶.

⁵⁶ Cujos acórdãos foram lavrados com as seguintes ementas: “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE

REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os

direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341) e “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual

Se antes a legislação apenas previa como possível o casamento e as uniões estáveis entre homem e mulher, a partir do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, também passaram a ser reconhecidas as formações familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Naquela ocasião, decidiu o STF por atribuir interpretação legitimadora ao artigo 1.723 do Código Civil em face da Constituição Federal de 1988 para permitir “a declaração de sua incidência também sobre a união de pessoas do mesmo sexo, com convivência pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituição de família.”⁵⁷

Ao julgar procedentes ambas as ações, o STF passou a admitir como entidade familiar também a união de pessoas do mesmo sexo, inclusive emitindo ao Conselho Nacional de Justiça orientação no sentido de que os cartórios registrais do país passassem a, imediatamente,

das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05 mai. 2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001).

⁵⁷ AZEVEDO, 2003, p. 202.

autorizar o registro de uniões estáveis e casamentos entre pessoas do mesmo sexo — o que deu origem à Resolução nº 175/2013.

Assim, estabelecida a evolução da figura do casamento até os dias atuais, cabe-nos, então, discutir a respeito de seu efetivo lugar no Direito e buscar responder à desafiadora questão: qual é a natureza jurídica do casamento?

2.3 Natureza jurídica do casamento

A natureza jurídica de uma figura do Direito é definida pela posição por ela ocupada no mundo jurídico, por meio, basicamente, da análise de suas características e elementos essenciais. Assim, por exemplo, a natureza jurídica de um contrato é a de negócio jurídico uni ou bilateral, em que duas ou mais partes avençam acerca de determinada obrigação.

Diferentemente do que fazem algumas legislações estrangeiras⁵⁸, o Código Civil brasileiro, responsável por regular a maior parte das relações de direito privado do país, não tratou de definir a natureza jurídica do casamento, mas apenas atribuiu-lhe um pressuposto básico: “a comunhão plena de vida”⁵⁹. A árdua tarefa acerca da definição da natureza jurídica, portanto, restou delegada à doutrina que se debruça sobre o tema.

Definir a natureza jurídica do casamento, contudo, não é tarefa das mais simples. A maior parte da doutrina e da jurisprudência que se dedica a este estudo atualmente diverge entre três correntes: se teria o casamento natureza jurídica de contrato, eis que a sua origem advém da livre vontade dos noivos em assim unir-se; se teria, alternativamente, natureza jurídica de instituição, como se o casamento fosse um novo estado no qual os nubentes ingressassem, o estado matrimonial; ou se, ainda, trata-se o casamento na verdade de um ato complexo, de natureza híbrida, no qual coexistem regras atinentes ao contrato e à instituição que comporta em si.

⁵⁸ No direito francês, conforme ressalta Paulo Henrique de Arruda Gonçalves, mais precisamente na Constituição de 03 de setembro de 1791, foi formulado o princípio segundo o qual “a Lei considera o matrimônio somente como um contrato civil” (título II, art. 7º). O mesmo autor destaca que também os ordenamentos russo (Código das Leis do Casamento, da Família e da Tutela, de 09 de novembro de 1926), que conceitua o casamento como contrato “puramente consensual” e português (Decreto 1, de 25 de dezembro de 2010), que conceitua o casamento como “um contrato celebrado entre duas pessoas de sexos diferentes, com o fim de constituírem legitimamente a família”, é que também definem a natureza jurídica do casamento. (GONÇALVES, Paulo Henrique de Arruda. *In: Família e Sucessões: entidades familiares. Coleção doutrinas essenciais*. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José. (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 248-251).

⁵⁹ Art. 1511 do Código Civil: “O casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Nos tópicos a seguir, buscaremos analisar melhor cada uma dessas correntes e os fundamentos jurídicos que as legitimam, bem como analisar a viabilidade prática de cada uma delas.

2.3.1 Casamento como contrato

Com origem no Direito Canônico, cujas regras colocavam a vontade dos nubentes em posição preferencial e anterior à do sacerdote que lhes declarava a formação do vínculo matrimonial⁶⁰, a corrente contratualista vê o casamento como um contrato civil, regido pelas normas comuns e aplicáveis a todos os demais contratos e cuja formação se dá com o mero consentimento, espontâneo, recíproco e exterior, dos nubentes⁶¹.

Tal corrente ganhou especial força com a Revolução Francesa e a ascensão das liberdades individuais na sociedade. À época, a concepção contratual do casamento imprimiu a sua convicção no Código Francês de 1804 e, até os dias atuais, encontramos relevantes juristas que defendem a corrente — entre os brasileiros, destacam-se Caio Mário da Silva Pereira⁶² e Silvio Rodrigues.

Pontes de Miranda⁶³ já não negava, a princípio, a natureza contratual do casamento quando o conceituava como:

[...] contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade (atualmente, de

⁶⁰ DINIZ, 2017, p. 54.

⁶¹ Como ressalva Venosa, “o que confere a um ato a natureza contratual não é a determinação de seu conteúdo pelas partes, mas a sua formação por manifestação de vontade livre e espontânea.” (VENOSA, 2005, p. 45).

⁶² “O que no matrimônio deve ser primordialmente 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. A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. Não é contraditada, ainda, pelo fato de não se admitir acordo liberatório que, no campo contratual, via de regra, concede às mesmas vontades geradoras da avença o poder de resolvê-la (distrato). O que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio, é que se trata de um “contrato especial”, dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou “contrato de Direito de Família”, em razão das relações específicas por ele criadas.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 16. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58).

⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1.974, v. 1, p. 93.

dissolubilidade) do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, a sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.

Dentre os defensores desta concepção, há os que defendem que o casamento na verdade constitui uma espécie *sui generis* de contrato, ou um contrato de Direito de Família, pois em razão de suas claras especificidades, bem como em relação aos efeitos e relações que dele decorrem, não lhe seriam aplicáveis, por exemplo, as regras atinentes ao direito patrimonial, à análise da capacidade dos contraentes ou aos vícios de consentimento, “embora as normas de interpretação dos contratos de direito privado possam ser aplicadas à relação matrimonial.”⁶⁴

Como exemplo deste posicionamento, as palavras de Silvio Rodrigues assim definem:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.⁶⁵

No mesmo sentido, Álvaro Villaça⁶⁶ afirma, assumindo a atualização de sua posição em relação ao tema:

[...] é um contrato solene, com vínculo dissolúvel, regulado pelo Direito de Família, pelo qual duas pessoas, criando, com ele, a sociedade conjugal, submetem-se a um complexo de direitos e de deveres entre ambos e entre eles e seus futuros filhos, de ordem pessoal e patrimonial. [...] O tema sobre a natureza jurídica do casamento é dos mais controvertidos, tendo firmado minha posição de compreendê-lo com natureza contratual específica, no âmbito delicado do organismo da família, onde os direitos e deveres entre os seus membros nascem de relações não só patrimoniais, mas ainda extrapatrimoniais. Patrimoniais com o regime de bens entre os cônjuges, extrapatrimoniais como o exercício do poder familiar.

⁶⁴ DINIZ, 2017, p. 55. No mesmo sentido, Orlando Gomes conclui que o casamento é um contrato com feição especial, “a que não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem respeito: (a) à capacidade dos contraentes; (b) aos vícios de consentimento; (c) aos efeitos.” (GOMES, Orlando. Direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 60).

⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**. 28. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 15.

⁶⁶ AZEVEDO, 2003, p. 202.

Para ser considerado como contrato, portanto, o casamento estaria sujeito a requisitos de validade, eficácia e existência, que por sua vez são divididos em três espécies: requisitos subjetivos, objetivos e formais, assim como prevê a teoria geral dos contratos⁶⁷.

Assim, ao se admitir o casamento como contrato, estar-se-á admitindo que os nubentes, então contratantes, são livres para, diante dos limites impostos pela autonomia privada, regularem a relação entre si, dispondo livremente a respeito de suas obrigações, direitos e, por que não, até mesmo estabelecendo eventuais penalidades pelo descumprimento das regras por eles definidas⁶⁸.

Contudo, em relação às regras que comporão o “contrato de casamento”, é de ver-se que na verdade os nubentes não contam com tamanha liberdade para criá-las ou modificá-las. É que a estrutura do negócio casamento já vem definida por lei, com bases pré-estabelecidas primordialmente pelo Código Civil.

Este fator abre espaço para conceituações outras do “contrato de casamento”, como a sugerida por Paulo Lins e Silva⁶⁹, para quem, estando dentre os deveres legalmente previstos do casamento “a vida em comum sob o mesmo teto, fidelidade recíproca, respeito mútuo, assistência material e moral aos filhos e ao casal”⁷⁰, poder-se-ia afirmar que “então, o casamento se compara a um contrato de adesão em que o Estado estabelece as regras, e as partes aderem.”

⁶⁷ Resumidamente entendidos da seguinte forma: (i) requisitos subjetivos: existência de duas ou mais pessoas, capacidade genérica para a prática dos atos da vida civil, aptidão específica para contratar e consentimento das partes contratantes; (ii) requisitos objetivos: licitude do objeto do contrato, possibilidade física ou jurídica do objeto do contrato, determinação do objeto do contrato e economicidade do objeto; e (iii) requisitos formais: que respeitem a forma descrita em lei para o respectivo contrato, conforme artigos 107 e 108 do Código Civil de 2002. No caso do casamento, o registro do assento de casamento, após o respectivo processo de proclamas, perante o Cartório de Registro Civil competente (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 32. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40).

⁶⁸ Estas regras encontrariam espaço para serem definidas, por exemplo, em pacto antenupcial a ser assinado pelos nubentes antes do casamento. Nele, além de poderem os noivos definirem o regime de bens a vigorar no matrimônio, podem também ser estipuladas regras outras que digam respeito à convivência das partes e à assunção de obrigações recíprocas, como por exemplo, o procedimento a ser utilizado em eventual processo de divórcio. O que impera neste aspecto é o sistema jurídico da liberdade dos nubentes de escolha do regime de bens, bem como das regras que definirão o casamento em si. Nas palavras de Pires e Lima e Antunes Varela, em comentários feitos ao Código Civil português, lê-se: “Além disso, o sistema da liberdade de convenção, sendo o que melhor corresponde ao pensamento geral da autonomia privada, é sem dúvida o que maiores facilidades oferece aos nubentes, no sentido de adaptarem o estatuto das suas relações patrimoniais às circunstâncias concretas do seu caso, circunstâncias que podem variar imenso de situação para situação.” (LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. rev. Atual, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 360).

⁶⁹ SILVA, Paulo Lins e. **O casamento**: antes, durante, depois. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016, p. 57.

⁷⁰ Conforme redação do artigo 1.566 do Código Civil: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I — fidelidade recíproca; II — vida em comum, no domicílio conjugal; III — mútua assistência; IV — sustento, guarda e educação dos filhos; V — respeito e consideração mútuos.”

É verdade que a concepção trazida acima, ao nosso ver, extrapola a análise do casamento enquanto contrato, já que no contrato de adesão não há espaço para a discussão de quaisquer cláusulas⁷¹, que já vêm impostas, normalmente, pelo ente contratado. Ademais, a discussão ora proposta busca na verdade analisar o casamento enquanto contrato firmado entre os nubentes, e não entre estes e o Estado, como sugere o autor.

Cabe-nos neste ponto, então, analisar o casamento como espécie contratual, de acordo com a Teoria Geral dos Contratos e suas decorrências.

Maria Helena Diniz conceitua contrato como sendo “uma espécie de negócio jurídico, de natureza lateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados”⁷².

Assim, de acordo com o artigo 104 do Código Civil de 2002, para que um contrato — ou um acordo de vontades traduzido em um negócio jurídico, portanto — tenha validade, exige-se que estejam presentes os seguintes elementos: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei. Além disso, também o artigo 421 do mesmo diploma prevê que a liberdade contratual deverá ser exercida “nos limites da função social do contrato”.

Tendo em vista serem estes os requisitos legais para que se tenha como válido o contrato, podemos concluir que o casamento nelas se encaixa, na medida em que: (i) os agentes, então nubentes, devem ser capazes (mesmo porque a sua eventual incapacidade pode acarretar a anulação do casamento, nos termos do artigo 1.550 do CC/02); (ii) o objeto é lícito e possível, na medida em que o casamento decorre de lei e o regime de bens pode ser livremente escolhido pelos noivos, também nos limites legais (conforme arts. 1.639 *caput* e 1.655 do CC/02); e (iii) a forma de sua consolidação, via registro público, é prescrita pela lei.

A princípio, portanto, na análise teórica do que se exige para a formação e validade de um contrato, o casamento se encaixa perfeitamente nos requisitos. Alguma discussão poderia surgir, entretanto, em relação à função social⁷³ do contrato “casamento”.

⁷¹ Conforme redação do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

⁷² DINIZ, 2016, p. 31.

⁷³ Sobre este tema, Venosa aponta: “Na contemporaneidade, a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada, sob a égide de um interesse social. Nesse sentido, o atual Código aponta para a liberdade de contratar sob o freio da função social. Há, portanto, uma nova ordem jurídica contratual, que se afasta da teoria clássica, tendo em vista mudanças históricas tangíveis. [...] Assim, cabe ao interessado apontar e ao juiz decidir

A função social do contrato determina que este “deve ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade”⁷⁴. Trata-se, pois, de condição à validade do contrato, a fim de que o ato de contratar esteja também limitado pelo interesse público; o objeto do contrato, portanto, não pode apenas limitar-se a satisfazer os interesses pessoais das partes nele envolvidas, mas também deve refletir, em prol da sociedade como todo, alguma vantagem.

Na conceituação do casamento como contrato, podemos afirmar que a função social do contrato encontraria fundamento na medida em que o casamento de duas pessoas concretiza o interesse constitucional de proteção da família. Ao reconhecer no casamento a primeira entidade familiar dentre os demais tipos também protegidos em seu texto, o que fez o artigo 226, § 3º da Constituição Federal foi justamente atribuir a este “contrato” a função social de formar e proteger a entidade familiar por ele formada.

Logo, ao menos de maneira teórica, não faltaria ao casamento nenhum requisito para que assim pudesse ser reconhecido e conceituado.

De toda forma, a análise do casamento enquanto contrato nos leva à inevitável conclusão de que há, de fato, uma liberdade cerceada neste ponto, especialmente em relação ao exercício limitado da autonomia privada dos nubentes, já que nem toda regra (além das manifestamente ilícitas, tal como já impede o princípio da autonomia privada em si) pode ser estabelecida pela simples concordância das partes.

Talvez por este mesmo motivo é que a corrente que entende e conceitua o casamento como sendo uma instituição seja a que conta com mais adeptos de nossa doutrina até os dias atuais.

2.3.2 Casamento como instituição

Os juristas que defendem o casamento como uma instituição entendem que os nubentes, ao se casarem, adentram um estado específico, o **estado matrimonial**. Nas palavras de Maria Helena Diniz, defensora desta corrente, “o casamento é tido como uma grande instituição social,

sobre a adequação social de um contrato ou de uma ou algumas de suas cláusulas.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365).

⁷⁴ DINIZ, 2016, p. 43.

refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei.”⁷⁵

Nesta concepção, entende-se que a vontade dos nubentes é impotente, uma vez que, tendo aderido ao estado de casamento, cujas normas, cogentes, são previamente descritas pelo Estado, não poderão eles alterá-las e tampouco escolher quais delas se aplicarão à sua convivência ou não — exceção feita à escolha do regime patrimonial que regerá a convivência. Trata-se, a todo ver, de posição diametralmente oposta à concepção contratualista do casamento.

É verdade, contudo, que também nesta corrente (e como não poderia deixar de ser, inclusive por razões constitucionais) admite-se a liberdade dos nubentes em escolher o seu respectivo cônjuge e decidirem sobre se pretendem se casar ou não; porém, a liberdade das partes, nesse entendimento, encerra-se aí, já que todas as demais questões acerca da disciplina legal do casamento deverão, necessariamente, serem definidas de acordo com o que já se encontra estabelecido em lei:

O estado matrimonial é, portanto, um estatuto imperativo preestabelecido, ao qual os nubentes aderem. Convém explicar que esse ato de adesão dos que contraem matrimônio não é um contrato, uma vez que, na realidade, é a aceitação de um estatuto tal como ele é, sem qualquer liberdade de adotar outras normas.⁷⁶

Washington de Barros Monteiro também defendia a conceituação do casamento como instituição, afirmando que “reduzi-lo a simples contrato seria equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades.”⁷⁷ Para o autor, o contrato baseia-se, primordialmente, no acordo de vontade das partes e nele se basta, enquanto o casamento demanda, além do acordo volitivo, também a chancela da autoridade civil que o reconheça e registre, dando início a um novo estado civil para os nubentes.

Não nos parece, contudo, ser esta posição a que se mostra mais acertada à conceituação do casamento, o que se fundamenta no fato de o próprio Código Civil facultar aos nubentes,

⁷⁵ DINIZ, 2016, p. 55.

⁷⁶ DINIZ, 2017, p. 56. Reforça a posição ainda, no direito argentino, Salvat em Tratado de derecho civil argentino, v. 11, p. 12.

⁷⁷ MONTEIRO, 2009, p. 24. Na mesma obra, assim pondera o autor: “Acentue-se, também, que a rigorosa disciplina legal que rege o casamento impõe restrições e normas imperativas ou cogentes nos aspectos recomendados pelo interesse geral, sendo que em outros há certa autonomia da vontade, facultando-se às partes regular seus interesses com liberdade, como ocorre com a escolha do regime de bens, que comente em casos específicos e determinados pela idade e por condições especiais dos contratantes não pode ser livremente eleito.” (*Ibid.*, p. 25-26).

por exemplo e como já adiantado, a livre escolha e determinação do regime de bens que regerá o seu matrimônio (art. 1.639, *caput*, do CC/02⁷⁸), inclusive admitindo a eventual alteração do regime originalmente eleito, caso entendam necessário⁷⁹.

Assim, ao conceituar o casamento como sendo uma instituição com regras imutáveis que apenas podem ou não ser aceitas por completo pelos nubentes, cuja vontade é limitada à mera escolha do cônjuge e à decisão sobre efetivamente casar-se ou não nos parece contraditório à própria figura legal do pacto antenupcial, legalmente previsto entre os artigos 1.653 e 1.657 do Código Civil⁸⁰.

Por esta mesma razão é que a última corrente, a que entende o casamento como sendo um ato completo, é a que nos soa como a mais completa para a conceituação da sua natureza jurídica.

2.3.3 Casamento como ato complexo

Como visto, tamanha é a dificuldade encontrada até os dias atuais para se definir a natureza jurídica do casamento que não demorou a surgir uma terceira corrente, híbrida entre aquela que o conceitua como contrato e a que o conceitua como instituição: trata-se da doutrina **eclética**, ou **mista**.⁸¹

Nesta posição doutrinária, o casamento é entendido como sendo um ato complexo, que une o elemento volitivo das partes, como em um contrato, ao elemento institucional, da criação de um novo estado social para os nubentes. Tem-se como conclusão, então, o casamento como sendo um contrato com feição especial, “a que não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem respeito: (a) à capacidade dos contraentes; (b) aos vícios de consentimento; (c) aos efeitos”, tal como assevera Orlando Gomes⁸².

É esta concepção, portanto, a responsável por descrever o casamento como sendo um “contrato de direito de família”, já que, embora haja na lei elementos preexistentes e

⁷⁸ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

⁷⁹ Art. 1.639, §2º: É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

⁸⁰ E que, dentre os mesmos artigos que o disciplinam, estabelece que é “nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.”, como se lê do artigo 1.655 do Código Civil.

⁸¹ DINIZ, 2017, p. 56.

⁸² GOMES, 1983, p. 159.

inafastáveis ao casamento em si (como as formalidades exigidas para a sua celebração e a necessidade do divórcio, ainda que consensual, para a sua dissolução), também são possíveis de serem adotadas pelas partes regras específicas que ditarão direitos e obrigações de sua convivência (como a livre estipulação do regime de bens), sendo aplicáveis a ele as regras de interpretação geral dos contratos, como visto acima.

De qualquer modo, muito embora se divirja em relação à conceituação acerca da natureza jurídica do casamento, a saber, se contrato (regido, assim, pelas regras atinentes a todo e qualquer ato da mesma natureza, segundo a Teoria Geral dos Contratos prevista no Código Civil), se instituição (regido, assim, por normas majoritariamente inflexíveis e previamente impostas pelo Estado, que determinam inclusive a alteração do estado civil da pessoa casada), ou, ainda, se ato complexo (em uma espécie de composição entre contrato e instituição, em que coexistem a vontade das partes com as regras cogentes), o que se tem em comum em todas estas correntes é o fato de ser o casamento a base primordial da estrutura familiar na forma como hoje entendida — este, o tema central deste trabalho e que passaremos a tratar na sequência.

3 CASAMENTO COMO BASE PRIMORDIAL DA ESTRUTURA FAMILIAR

Muito embora, como já visto acima, o conceito atual de família abranja inúmeros tipos de formação (contando atualmente, todos eles, com proteção constitucional), não é exagerado afirmar que, na vasta maioria das vezes, o núcleo familiar segue tendo início com a celebração do casamento tanto em relações heteroafetivas como nas homoafetivas.

É de ver-se, portanto, que o matrimônio, mesmo depois de séculos de evolução social e legal e de intenso processo de ressignificação de sua essência e efeitos, segue sendo a base primordial da constituição familiar; vale dizer, a família ainda tem como principal base originária a celebração do casamento.

E quando tratamos de casamento neste ponto, o fazemos de forma literal, referindo-nos ao ato do casamento em si, já que, frisamos, muitas são as demais formações familiares reconhecidas na sociedade atual e que gozam de garantias constitucionais e legais.

No entanto, o que intriga é perceber que, mesmo diante do cenário sociológico atual, em que as relações líquidas parecem ter se tornado regra⁸³ e que figuras outras do direito também garantem a formação da família e sua posterior proteção (como a união estável e as chamadas famílias paralelas, que muito recentemente passaram a ser reconhecidas e também protegidas pelo entendimento da jurisprudência⁸⁴), não é raro notar que, no decorrer da última década, o

⁸³ Expoente sobre o tema, o filósofo e sociólogo polonês Zygmunt Bauman estudou o que denominou de “amor líquido” e assim concluiu: “Diferentemente de ‘relações’, ‘parentescos’, ‘parcerias’ e noções similares — que ressaltam o engajamento mútuo ao mesmo tempo em que silenciosamente excluem ou omitem o seu oposto, a falta de compromisso —, uma ‘rede’ serve de matriz tanto para conectar quanto para desconectar; não é possível imaginá-la sem as duas possibilidades. Na rede, elas são escolhas igualmente legítimas, gozam do mesmo status e têm importância idêntica. Não faz sentido perguntar qual dessas atividades complementares constitui ‘sua essência’! A palavra ‘rede’ sugere momentos nos quais ‘se está em contato’ intercalados por períodos de movimentação a esmo. Nela as conexões são estabelecidas e cortadas por escolha. A hipótese de um relacionamento ‘indesejável, mas impossível de romper’ é o que torna ‘relacionar-se’ a coisa mais traiçoeira que se possa imaginar. Mas uma ‘conexão indesejável’ é um paradoxo. As conexões podem ser rompidas, e o são, muito antes que se comece a detestá-las.” (BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 12).

⁸⁴ “RECURSO ESPECIAL Nº 1.682.423 - MA (2017/0157957-0) RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. DECISÃO. Trata-se de recurso especial interposto por N P DE C E OUTROS, com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado (fl. 325 e-STJ): DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL - SIMULTÂNEOS. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Para a familiarista Giselda Hironaka, a família paralela não é uma família inventada, nem é família imoral, amoral ou aética, nem ilícita. E continua, com esta Lição: Na verdade, são famílias estigmatizadas, socialmente falando. O segundo núcleo ainda hoje é concebido como estritamente adúlterino, e, por isso, de certa forma perigoso, moralmente reprovável e até maligno. A concepção é generalizada e cada caso não é considerado por si só, com suas

número de casamentos registrados no Brasil, se não fez por crescer, se manteve em patamar bastante relevante⁸⁵.

Essa confirmação que nos é trazida pelos números oficiais de registros civis confirma a tese de que, muito embora a evolução da legislação a respeito das demais entidades familiares no Brasil tenha ocorrido de forma visível nas últimas décadas, o casamento ainda segue ocupando lugar de preponderância em relação às demais formas de constituição de família no país.

Ou seja, pode-se afirmar, com base em números reais, que a celebração e o compromisso alcançados pelo casamento, embora tenham atravessado um nítido processo de atualização — ou de ressignificação, como propomos — segue ocupando relevante espaço no ideal de constituição de família da sociedade brasileira.

peculiaridades próprias. E como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto. O triângulo amoroso sub-reptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral, quando se refere a famílias paralelas. O preconceito — ainda que amenizado nos dias atuais, sem dúvida — ainda existe na roda social, o que também dificulta o seu reconhecimento na roda judicial. 4. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o de cujus, o caso é de procedência do pedido formulado em ação declaratória. 5. Apelação cível provida. [...]” (STJ - REsp: 1682423 MA 2017/0157957-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 30/08/2017) e “APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. Ação de rito ordinário. Pensão por morte de servidor municipal. Pleito de recebimento da pensão pela companheira do servidor falecido, em concorrência com a cônjuge do servidor, na ordem de 50%. Sentença que julga procedente a ação. Manutenção. Comprovada, por meio de prova testemunhal, a vida em comum e a relação de dependência econômica entre a autora e o segurado. Manutenção de famílias paralelas pelo segurado. Família paralela que deve ser reconhecida como entidade familiar, para todos os efeitos, de acordo com a melhor doutrina. Precedentes. Dependência econômica, de qualquer modo, comprovada, o que já viabilizaria o direito à pensão. Inteligência dos arts. 194 e 201, V, da CR. Preenchimento dos requisitos dos arts. 8º, II e § 5º e 14, VI, da LM n.º 10.828/90. Atrasados que devem ser pagos pelo corrêu IPREM, tendo em vista a negativa administrativa ilegal de pagamento da pensão à autora. Lei n.º 11.960/09. Parcial aplicação, apenas quanto ao índice aplicado aos juros de mora. Correção monetária a ser calculada de acordo com Tabela Prática de Cálculos de débitos judiciais. Sentença reformada parcialmente, apenas quanto aos índices de correção e juros. Apelações desprovidas e remessa necessária parcialmente provida.” (TJ-SP 00044411620108260053 SP 0004441-16.2010.8.26.0053, Relator: Marcelo Semer, Data de Julgamento: 04/09/2017, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 06/09/2017). No mesmo sentido, leia-se HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas. Visão atualizada. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 13, n. 2, jul.-dez. 2019.

⁸⁵ Segundo dados do IBGE, apenas no estado de São Paulo foram registrados, em 2017, mais de 290.000 casamentos, seguidos de mais de 110.000 no estado de Minas Gerais e cerca de 95.000 no estado do Rio de Janeiro (Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/pesquisa/20/0?tipo=grafico>. Acesso em: 30 set. 2019). Apenas da soma destes três estados, os mais populosos do país, têm-se registrados quase quinhentos mil matrimônios em apenas um ano, o que confirma, estatisticamente, a crença do brasileiro no casamento como o ponto de início da formação da família. Muito embora não haja registro de dados oficiais a respeito do número de uniões estáveis oficializadas no mesmo período, não se pode ignorar o fato de que, mesmo diante de tal opção, o número de registro de casamentos só fez aumentar.

3.1 Finalidade e efeitos jurídicos do casamento — aspectos sociais, pessoais e patrimoniais

Diversas são as finalidades do casamento. Na visão jurídica, a atual legislação e doutrina brasileiras elencam de forma abrangente quais são os objetivos a serem perseguidos com a concretização do matrimônio. Porém, muito além da seara jurídica, há também os fins morais pelos quais os indivíduos buscam o casamento: os motivos de foro íntimo e particular de cada um e que o leva a buscar, pelo casamento, a concretização de objetivos que entende essenciais para a própria realização pessoal. Ou, nas palavras de Silvio Venosa, “quanto às múltiplas finalidades do matrimônio, [vê-se que estas] situam-se mais no plano sociológico do que no jurídico.”⁸⁶

Estes mesmos motivos, pelo que se pode analisar neste trabalho, seguem presentes na atual e ressignificada ideia de casamento.

Iniciando a nossa análise pela primeira parte, vemos que, muito embora não estejam todas elas reguladas em lei, as finalidades legais do casamento são de suma importância e devem ser analisadas porquanto a disciplina dos efeitos jurídicos que dele emana deve estar em consonância com os objetivos comuns que levaram os nubentes a se casar.

Maria Helena Diniz⁸⁷ nos aponta seis das principais finalidades legais do casamento, sendo elas:

- (a) A instituição da família matrimonial, que é a formação familiar fundada no casamento e que se desenvolve a partir daí entre os cônjuges nas relações entre si e entre estes e os filhos (cf. art. 1.513 do CC/02);
- (b) A procriação, que, embora não seja obrigatória e tampouco afete a validade ou o desenvolvimento do casamento, é tida como “consequência lógico-natural” deste;
- (c) A legalização das relações sexuais entre os cônjuges, uma vez que, dentro do casamento, a satisfação do desejo sexual “apazigua a concupiscência”;
- (d) A prestação de auxílio mútuo, que é a principal finalidade do casamento: a comunhão de vida e a mútua colaboração existente entre duas pessoas que se unem para enfrentar a realidade e o dia-a-dia da vida é o que de principal move e motiva o casamento. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro, “A felicidade resulta do amor, que não é sentimento exigível juridicamente. Mas a mútua assistência é dever jurídico, consistente em recíproca proteção, nas dores e alegrias.”⁸⁸

⁸⁶ VENOSA, 2005, p. 46.

⁸⁷ DINIZ, 2017, p. 54.

⁸⁸ MONTEIRO, 2009, p. 28. Acrescenta o autor que “a mútua assistência tem duplo conteúdo: material e imaterial. No aspecto material, tem o significado de auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges.

- (e) O estabelecimento e cumprimento de deveres patrimoniais ou não entre os cônjuges, como ocorre com a escolha do regime de bens que vigorará no casamento celebrado, bem como na previsão legal de que os cônjuges devem colaborar, proporcionalmente na medida de suas possibilidades, com o sustento e manutenção da família, bem como os deveres de fidelidade recíproca, respeito e consideração um pelo outro (arts. 1.639 e 1.568 do CC/02);
- (f) A educação dos filhos, pois no casamento não se pode ter como finalidade apenas a geração de filhos, mas também a sua criação e educação plenas, garantindo-lhes desenvolvimento em ambiente sadio e adequado; e
- (g) A atribuição do nome ao cônjuge e aos filhos e a legalização do estado de fato, que passa a ser o de casado.

É de se ver, portanto, que sob o prisma do Direito, o casamento cria entre os cônjuges um vínculo jurídico pelo qual ambos passam a ser responsáveis por amparar e assistir um ao outro, tanto em aspectos morais e pessoais quanto patrimoniais. Legalmente, uma vez constituído o casamento, cria-se para os cônjuges um vínculo obrigacional que vai muito além da realização pessoal e integração psíquica com a pessoa do outro; criam-se, mutuamente, direitos e deveres entre si.

Gustavo Tepedino⁸⁹ adiciona ainda que o casamento “confere aos cônjuges o estado civil de casados, “fator de identificação na sociedade”, atraindo uma série de efeitos próprios deste *status*, qualidade jurídica que, à evidência, não pode ser atribuída a ninguém que não seja casado”, condição esta que, de fato, não pode ser desconsiderada.

É nesse aspecto que a nossa análise se volta às finalidades sociológicas do casamento. Afinal, por que atualmente, mesmo diante de tantas outras opções, duas pessoas decidem se casar e, com isso, iniciar a formação de um novo núcleo familiar? E mais: por que mesmo sendo

No aspecto imaterial consubstancia-se na proteção aos direitos da personalidade do consorte, dentre os quais se destacam a vida, a integridade física e psíquica, a honra e a liberdade. E é nesse aspecto, de ordem imaterial, que merece maior destaque a mútua assistência, por exemplo, configurada na proteção do cônjuge doente ou idoso, no consolo por ocasião do falecimento de um ente querido, na defesa em suas adversidades com terceiros.” Na mesma senda, Silvio Rodrigues destaca: “Por meio do matrimônio e estabelecendo a sociedade conjugal, propõem-se os cônjuges a se unirem para enfrentar o porvir. Dentro dessa união satisfazem ao desejo sexual que é normal e inerente à sua natureza; a aproximação dos sexos e o natural convívio entre marido e mulher, ordinariamente, suscitam o desenvolvimento de sentimentos afetivos recíprocos, dos quais o dever de se prestarem mútua assistência é mero corolário; da união sexual resulta a prole, cuja sobrevivência e educação reclamam a atenção dos pais. Assim, aqueles fins do casamento estão intimamente ligados à natureza humana. Aliás, esse comportamento dos pais em relação aos filhos, e do homem diante da mulher e vice-versa, manifesta-se de maneira constante e reiterada através de séculos e séculos. Dizer que o fim do casamento é alcançar, dentro da instituição, aquilo que parece ser a vocação do ser humano é apenas repetir o que a história revela.” (RODRIGUES, 2006, p. 23).

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 408.

facultada a formação de núcleo familiar por outras formas também reconhecidas em lei⁹⁰, o casamento segue reafirmando-se como a base primordial da estrutura familiar?

Claramente, uma vasta análise psicológica e sociológica acerca do comportamento dos brasileiros nos últimos anos seria necessária para que se tivesse esta pergunta respondida com suficiente embasamento científico. Como este não é o escopo deste trabalho, voltaremos a nossa tese para a busca da resposta às perguntas acima elaboradas com base em fatores gerais, públicos e notórios.

Exemplo disso é o fato de que mesmo diante da regularização legal da união estável⁹¹ e seu constitucional reconhecimento como entidade familiar, bem como diante da instituição do divórcio direto, através da Emenda Constitucional 66/2010, o que se vê dos dados oficiais brasileiros é um efetivo aumento do número de casamentos, e não um decréscimo, como uma visão mais informal nos sugeriria acreditar.

Apenas em 2017, foram registrados mais de um milhão de casamentos em todo o território nacional⁹², número bastante parecido com os registrados em 2015 e 2016. A tabela abaixo demonstra com maior clareza os números registrados no decorrer da última década:

Quadro 1 — Registro civil

Ano	Número de casamentos registrados	de	Variação em relação ao ano anterior
2009	935.116		+ 2,3%
2010	977.620		+ 4,5%
2011	1.026.736		+ 5,0%
2012	1.041.440		+ 1,4%
2013	1.052.477		+ 1,1%
2014	1.106.440		+ 5,1%
2015	1.137.321		+ 2,8%
2016	1.095.535		- 3,7%
2017	1.070.376		- 2,3%

Fonte: IBGE. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁹⁰ Vide neste ponto a referência ao artigo 226 da Constituição Federal, que reconhece a múltipla formação familiar.

⁹¹ Originalmente reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar (CF, art. 226, §3º) e, posteriormente, regulamentada pelo artigo 1.723 do Código Civil de 2002.

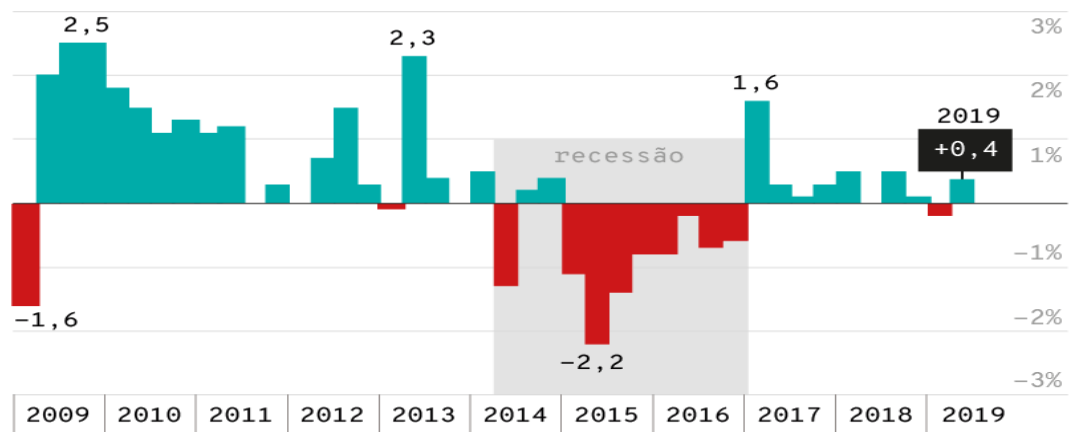
⁹² Segundo dados do IBGE, disponíveis em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>. Acesso em: 14 out. 2019.

No mesmo período, o número de divórcios judiciais homologados também se manteve estável, em cerca de trezentos mil ao ano.

Certamente há, em paralelo a estes dados, números também bastante expressivos de registros de uniões estáveis nos tabelionatos de notas de todo o país. Contudo, por se tratar de estado de fato, a união estável não depende de formalização para ser considerada válida e existente — como trataremos, de forma mais detida, no tópico a seguir — e, por isso, não se tem ao certo a quantidade oficial de uniões existentes no Brasil.⁹³

Há, também, interessante correlação entre o recente decréscimo no número de casamentos registrados na última década e a instabilidade econômica vivenciada pelo país neste mesmo período. Conforme se verifica da tabela abaixo, que retrata a variação do resultado do produto interno bruto do Brasil na última década. A correlação entre o mau resultado da economia entre os anos de 2014 e 2017 e o menor número nos casamentos registrados no mesmo período é evidente:

Figura 1 — Variação do produto interno bruto do Brasil



Fonte: Gazeta do povo. Disponível em: <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/economia/pib-do-brasil/>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁹³ Especialmente ao considerarmos as dimensões continentais de nosso país. É evidente que a análise proposta neste trabalho leva em consideração uma parcela muito estreita da sociedade, que minimamente tem acesso a informação e conteúdo que lhe auxilie na opção por uma ou outra forma de regularização de sua condição familiar. A análise aqui, portanto, é feita tomando-se por base a figura ideal tratada na lei, fixando-se em aspectos meramente teóricos, e não práticos. De toda forma, é importante registrar que, de acordo com o último Censo realizado pelo IBGE (2010), mais de um terço das uniões no país é formada consensualmente por pessoas não casadas (36,4%). Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=3&idnoticia=2240&busca=1&t=censo-2010-unioes-consensuais-jarepresentam-mais-13-casamentos-sao-frequentes-classes>. Acesso em: 19 out. 2019.

Em sendo o casamento solenidade custosa (que exige o pagamento de emolumentos ao Estado⁹⁴), certamente a queda de registros neste período é também consequência da situação financeira — e não seria curioso se constatasse-se que, neste mesmo período, as uniões informais (estáveis, porém sem registro) tenham aumentado.

O que se sabe é que, mesmo depois de anos de evolução legislativa, o casamento, ao contrário do que se poderia apostar, segue figurando como a opção primordial do brasileiro quando se trata de constituir família — talvez, justamente, por conta da sensação de segurança e confiabilidade que a formalidade do ato exige, requisitos esses não presentes na união estável, por exemplo.

É neste ponto que nos asseguramos para afirmar, portanto, que apesar de todo o processo de ressignificação que o casamento atravessou — e vem atravessando, já que se trata de evolução constante, que acompanha os anseios da sociedade — tal instituto segue firme na posição de principal forma de início de uma nova entidade familiar.

Neste aspecto, Rosa Nery nos socorre ao afirmar que “o casamento é o sistema de segurança escolhido juridicamente para dar segurança às relações de família e tornar visível de toda a gente a existência de uma família, que merece proteção especial do Estado.”⁹⁵

Assim, o que nos parece é que ao optar pelo casamento, sujeitando-se a todo o seu processo prévio de habilitação e proclames, até finalmente alcançar a alteração de seu estado civil, o indivíduo está, na verdade, confiando ao Estado a formação de sua família e esperando dele a proteção necessária. A resistência do casamento até os dias atuais, portanto, soa mais como um resquício histórico e cultural brasileiro ao apego ao que é oficial e reconhecido pelo Estado (e do que disso resulta em troca) do que um mero apego ao instituto e suas formalidades em si.

A confirmação desta proposição é encontrada também nas palavras de Rosa Nery:

De toda maneira, como a união estável tem potencial interferência na procriação, ou seja, é entidade familiar que leva à potencialidade da chegada de novos seres humanos para o convívio familiar e social, ela tem especial proteção do Estado. Mas ela não é a forma mais segura — juridicamente — de formação familiar. Poder-se-ia dizer que ela não garante para os companheiros a segurança do casamento, quer sob o aspecto pessoal, quer pelo aspecto

⁹⁴ Para o ano de 2020, no estado de São Paulo são cobrados R\$ 417,63 em emolumentos ao Cartório de Registro Civil e demais despesas. Ainda, no mesmo exercício, para o registro de pacto antenupcial, no qual se estabeleçam regime de bens distinto do convencional, além de outras determinações que valerão entre os cônjuges, são devidos R\$ 436,54 ao tabelionato de Notas, para lavratura do pacto, e outros R\$ 28,79 ao Oficial de Registro de Imóveis responsável pelo domicílio do casal. Disponível em: <https://www.anoregsp.org.br/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

⁹⁵ NERY, 2013, p. 188.

jurídico-patrimonial. Ela é uma opção de vida que pode gerar uma dinâmica de exclusão, principalmente, da “mulher sem recursos” e de insegurança, principalmente, do homem abastado.

Ainda assim, o ponto que nos intriga é notar que, mesmo reconhecendo outras formas de formação da família, como vimos acima, mais recentemente o que se tem assistido da jurisprudência e doutrina nacional é a constante tentativa de equiparar os institutos do casamento e da união estável, que, desde suas origens, foram criados para, justamente, serem distintos.

Já no que diz respeito aos efeitos jurídicos do casamento, basearemos-nos na definição atribuída por Maria Helena Diniz ao tema, que divide a análise em três categorias: os efeitos sociais, os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais dele advindos.

Na primeira delas, temos que, socialmente, o casamento gera uma série de efeitos aos cônjuges, tendo por base e como principal deles a formação de uma nova entidade familiar entre eles. Nesse aspecto, é importante ressaltar que o planejamento familiar é de livre decisão do casal (art. 226, §§ 1º e 2º), não podendo o Estado estabelecer quaisquer regras ou limites ao exercício deste direito — que, ao nosso ver, tem qualidade de direito fundamental — tal como preconiza o artigo 1.513 do Código Civil⁹⁶.

Além da formação da família, o casamento também produz a emancipação do cônjuge menor de idade, tornando-o plenamente capaz (art. 5º, § único, II, CC/02), como se atingisse a maioridade, estabelece o vínculo de afetividade entre os cônjuges e os parentes destes⁹⁷ e, por fim, institui o estado de casado, mudando o *status* dos cônjuges perante a sociedade.

Já em relação aos efeitos pessoais, têm-se a criação de direitos e deveres mútuos entre ambos os cônjuges, tais como o dever de mútua fidelidade⁹⁸ (arts. 1.566, I e 1.573, I, CC/02) e assistência (arts. 1.566, III e 1.573, III, CC/02), além dos respeito e consideração que também devem ser recíprocos e o dever de coabitação.

Assim como já assinalamos acima, todos os direitos e deveres originados do casamento são e devem ser cumpridos por ambos os cônjuges, sem distinção de sexo. Essa é a ideia que

⁹⁶ Art. 1.513, CC/02: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

⁹⁷ Neste ponto, convém apontar uma curiosidade do Código Civil no sentido de que, com a dissolução da entidade familiar, os vínculos afetivos em linha reta (ou seja, entre sogros/sogras e genros/noras) não se extingue. É o teor do §2º do artigo 1.595, que determina: “na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”. Assim, com o divórcio ou dissolução da união estável, apenas os cunhados deixam de ser reconhecidos como parentes, mas não os genitores dos cônjuges e estes.

⁹⁸ Ainda defendido na obra de autores como Washington de Barros Monteiro (2009, p. 96).

fundamenta o disposto pelo artigo 1.567 do Código Civil, que confere o exercício da direção da sociedade conjugal a ambos os consortes, independentemente do regime matrimonial de bens, não colocando qualquer um dos cônjuges em posição inferior. Tal como assevera Maria Helena Diniz nesse ponto, “desaparece, assim, a ideia de chefe de família, preconizada pelo art. 233 do Código Civil de 1916, que colocava a mulher em posição subalterna [...]”.⁹⁹

Além destes, o casamento também gera direitos e deveres, iguais, dos pais em relação aos filhos nascidos durante a união. Dentre eles, ressaltam-se os deveres de sustentar, guardar e educar os filhos (arts. 1.566, IV, 1.568, 1.634, I a IX, CC/02), o poder familiar e o compartilhamento das responsabilidades em relação à criação dos filhos com o exercício da guarda e do regime de convivência fixado quando da separação dos cônjuges, sempre buscando evitar atos que configurem alienação parental¹⁰⁰.

Por fim, restam os efeitos patrimoniais — esses, certamente os mais complexos e amplos causados pelo casamento.

Ao casarem-se e assim unirem as suas vidas através do vínculo matrimonial, os cônjuges passam a, também, compartilhar entre si seus rendimentos e patrimônios, até mesmo como forma de garantir o cumprimento aos deveres de mútua assistência, coabitação e igualitária divisão das obrigações assumidas. Pode-se dizer que o casamento cria entre os cônjuges, portanto, também uma relação econômica.

Essa relação econômica criada, entretanto, é essencialmente representada pelo regime matrimonial de bens que regerá o casamento, sempre submetido a normas específicas que disciplinam acerca de seus efeitos.

Maria Helena Diniz¹⁰¹ conceitua o regime matrimonial de bens da seguinte forma:

[...] é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes, que começa a vigorar desde a data do casamento (CC, art. 1.639, § 1º) por ser o matrimônio o termo inicial do regime de bens, decorrendo ele da lei ou de pacto; logo, nenhum regime matrimonial pode ter início em data

⁹⁹ DINIZ, 2017, p. 153.

¹⁰⁰ Segundo o art. 2º da Lei nº 12.318/2010, “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”

¹⁰¹ DINIZ, 2017, p. 172-173.

anterior ou posterior ao ato nupcial, pois começa, por imposição legal, a vigorar desde a data do casamento.

Rosa Nery¹⁰² complementa o tema afirmando que:

O regime de bens tem essa função primordial: o patrimônio da família está a serviço da vida, da subsistência da prole, da sobrevivência da família. Por isso, pode ser defendido pelos membros da família, por todos os meios, contra investidas ruinosas de cônjuges e companheiros ou de terceiros, que ameacem a segurança e subsistência do núcleo familiar.

O regime matrimonial de bens, portanto, é o conjunto de normas e regras responsável por definir como se dará o tratamento patrimonial entre os cônjuges, determinando, assim, a condução das relações econômicas e patrimoniais do casal, ou seja, a destinação, utilização e individualização do acervo patrimonial que será constituído durante a vigência do casamento, para que, havendo dissolução da sociedade conjugal, haja uma definição mais clara e específica de como se procederá com a meação dos bens.

A existência de um regime patrimonial especial ao casamento remonta, como já visto acima, há tempos primórdios, quando vigorava o que se chamava de “regime de absorção”, segundo o qual o patrimônio que a mulher levava ao casar-se era incorporado ao patrimônio do *pater famílias*, já que tanto ela quanto seus bens estavam a ele subordinados. Nesta figura matrimonial, o *matrimonia cum manu*, do direito romano, como já tratamos acima, a mulher ingressava com seu patrimônio na família do marido sendo equiparada à filha¹⁰³.

No Brasil, enquanto eram elaborados os primeiros estudos do que mais tarde viria a ser o Código Civil, a matéria se regia pelo que tratavam as Ordenações Filipinas, que por sua vez previam três regimes de bens possíveis: o da comunhão universal, o da simples separação e o dotal¹⁰⁴ (também denominado regime de absorção, como mencionado acima), quando os bens

¹⁰² NERY, 2013, p. 391. No mesmo sentido, Débora Brandão assinala: “Concluimos que regime de bens é o estatuto que rege patrimonialmente os cônjuges e as relações destes perante terceiros, desde a celebração do casamento até a sua dissolução.” (BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56). Também não destoia o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo: “O regime de bens tem por fito regulamentar as relações patrimoniais entre os cônjuges, nomeadamente quando ao domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens trazidos ao casamento e os adquiridos durante a união conjugal.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial: arts. 1.591 a 1.693**, v. 16. São Paulo: Atlas, 2003. p. 231).

¹⁰³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. 7. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 433.

¹⁰⁴ “O dote, segundo Beviláqua [...] surgiu como forma de arranjar casamento para ‘moças feias’. O valor recebido pelo marido era uma forma de compensá-lo, indenizá-lo. Inicialmente, a mulher era capturada pelos maridos. Essa prática foi abolida e substituída pela compra. As mulheres eram compradas pelos seus maridos e, porque compradas, deveriam trabalhar. Aos poucos a sociedade foi suprimindo a compra das mulheres porque reconheceu nelas valores éticos, morais e plásticos em vez do dom da servidão. A mulher perdeu, literalmente,

pertencentes à mulher passavam à propriedade do marido com o casamento, como uma espécie de compensação a este pelas despesas tidas com o casamento em si e, sobretudo, com a alimentação e educação dos filhos¹⁰⁵.

Com a edição do Código Civil de 1916 foram instituídos quatro regimes de bens: o regime dotal, a comunhão parcial de bens, a separação total de bens e a comunhão universal de bens, sendo esta última intitulada como regime de bens oficial, quando ausente a escolha do regime de bens a ser adotado mediante pacto antenupcial.

Em que pese tenha sido adotado pela primeira lei civil brasileira, o regime dotal foi legalmente abolido da legislação apenas com a edição do Código Civil de 2002, mas já havia caído em desuso há muito tempo. Washington de Barros Monteiro apontava, já na época, a inadequação deste regime com os usos da sociedade brasileira: “o regime dotal, que constitui, aliás, em nosso direito positivo, verdadeira superfetação, porque não entrou absolutamente em nossos hábitos e costumes. Sem nenhum inconveniente, poderia tal capítulo ser cancelado do Código. [...]”¹⁰⁶

A adoção do regime universal de bens como sendo o regime geral a vigorar nos casamentos (ou seja, quando não houvesse disposição contrária em pacto antenupcial firmado entre os nubentes) apenas foi revogada com a edição da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), que, em substituição, instituiu como regime geral de bens o da comunhão parcial¹⁰⁷.

Com a edição do Código Civil de 2002, além de ser finalmente abolido o regime dotal do ordenamento jurídico brasileiro, foi mantida a aplicação do regime da comunhão parcial de bens como regime geral a ser aplicado às uniões que não contam com pacto antenupcial estabelecendo regime diferente e foram, ainda, mantidos os regimes da comunhão universal e

seu valor venal; o casamento monogâmico e as obrigações dele inerentes ganharam mais força. Surgiu um importante período de transição social. Como forma de compensar os encargos do casamento, sobretudo para as mulheres menos afortunadas de beleza, iniciou-se a prática do dote (era um costume babilônico; a mulher feia pagava ao marido um dote no valor do que custava a moça bonita. Já as bonitas eram compradas pelos maridos.) Apenas por curiosidade, em sânscrito, a palavra dote é ‘gôdâma’, que quer dizer ‘presente da vaca’, por conta do presente, uma vaca que era oferecida pelo pai da noiva ao futuro genro para fazer frente à festa de casamento.” (BRANDÃO, 2007, p. 46).

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 47.

¹⁰⁶ MONTEIRO, 2009, p. 186.

¹⁰⁷ Cujas regras determinam que se comunicam os bens adquiridos onerosamente pelos cônjuges após o casamento, mantendo-se como patrimônio particular de cada um deles, dentre outros, os bens que já possuíam ao casar e aqueles advindos em sub-rogação de vínculo destes (cf. redação dos artigos 1.658 e 1.659 do CC/02).

separação total de bens. O códex ainda trouxe como novidade um quarto¹⁰⁸ regime de bens: o da participação final nos aquestos.

É importante anotar que o regime patrimonial de bens inicialmente adotado pelos nubentes pode ser alterado durante a constância do casamento se assim pretenderem. Essa possibilidade, muito embora já fosse admitida em hipóteses excepcionais pela doutrina da época¹⁰⁹, apenas foi expressamente reconhecida com o advento do Código Civil de 2002, mais especificamente no § 2º do artigo 1.639.

Neste ponto, Rosa Nery¹¹⁰:

Para que isso seja possível, é preciso que concorram os seguintes requisitos: (a) que o regime adotado não seja o obrigatório (*e.g.* art. 1.641 do CC/2002), per se imutável, salvo se cessada a causa que o motivou; (b) que a modificação seja requerida por ambos os cônjuges; (c) que o pedido de mudança seja motivado; (d) que sejam ressalvados os direitos de terceiros; (e) que haja comprovação de motivação em regular procedimento de jurisdição voluntária; (f) que o pedido de mudança seja aprovado pelo juiz em regular procedimento de jurisdição voluntária.

Também merece destaque o teor do Enunciado nº 113 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002:

É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

¹⁰⁸ Destaque-se, entretanto, a figura do regime da separação obrigatória de bens que, em que pese não se trate de um quinto regime previsto pelo Código, impõe aos nubentes maiores de setenta anos, aos que dependem de suprimento judicial para casar ou àqueles que casam sem observar as causas suspensivas da celebração do casamento a adoção do regime da separação de bens para o casamento (Art. 1.641, CC/02).

¹⁰⁹ Maria Helena Diniz, na edição de 1999 da obra Curso de direito civil brasileiro, indicava as seguintes hipóteses de mutabilidade do regime de bens ainda na vigência do Código Civil de 1.916: “a) a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum de ambos os cônjuges: [...] mesmo se casados no estrangeiro pelo regime de separação de bens, pois justo não seria que esse patrimônio, fruto do mútuo labor, só pertencesse ao marido apenas porque em seu nome se fez a respectiva aquisição. b) o Supremo Tribunal Federal (RF 124:105) passou a entender que o princípio da inalterabilidade do regime matrimonial de bens não era ofendido por pacto antenupcial que estipulasse que, na hipótese de superveniência de filhos, o casamento com separação se convertesse em casamento com comunhão. C) [...] um dos consortes, casado pela separação, constituir o outro procurador para administrar e dispor de seus bens (RT, 93:46’253-254).” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149-150).

¹¹⁰ NERY, 2013, p. 392-393.

Do que se vê, no que diz respeito aos aspectos patrimoniais do casamento, existem limitações impostas pelo atual Código Civil (que, na verdade, apenas segue a linha de raciocínio já adotada nas legislações anteriores) aos cônjuges em relação à administração dos bens, pois, apesar de terem eles a direção da sociedade conjugal, necessitam um da outorga do outro para a prática de determinados atos de conteúdo patrimonial, sem a qual aquele que pretende dispor de seu patrimônio não estará legitimado a assim o fazer.

O objetivo do diploma ao assim impor, segundo Maria Helena Diniz, foi o de “assegurar não só a harmonia e segurança da vida conjugal, mas também preservar o patrimônio familiar, forçando os consortes a manter o acervo familiar, porque a renda para manutenção da família, geralmente, advém desse e, assim, evita-se a dissipação, garantindo, conseqüentemente, uma certa receita.”¹¹¹

Os impactos causados pela formalização do casamento, como vimos acima, assemelham-se em determinados pontos àqueles causados pela constituição da união estável, como veremos a seguir.

3.2 Casamento e união estável — semelhanças e diferenças

Já tratamos acima acerca das origens do casamento, sua natureza jurídica e também de sua evolução ao longo dos anos no Brasil e concluímos, ao final, que a sua manutenção como forma primordial na formação da família brasileira se deve, acredita-se, ao fato de ter o casamento aspectos bastante formais e, por isso, “oficiais”.

No entanto, mesmo diante da evolução do casamento ao longo das décadas, também o legislador brasileiro tratou de cuidar das relações não-oficiais ou não registradas, a fim de garantir proteção também às famílias que surgiam de uniões formadas por casais que, por qualquer motivo, não se sujeitavam ao processo de casamento. Foi assim que teve origem a união estável.

O Código Civil de 1916 não reconhecia a união estável como entidade familiar. Essa situação apenas mudou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, pelo artigo 226, §3º, reconheceu como entidade familiar a união estável, definindo ainda que deveria a lei “facilitar sua conversão em casamento.”

Parte dessa facilitação veio com as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, as quais, respectivamente, reconheciam aos companheiros o direito aos alimentos devidos um ao outro,

¹¹¹ DINIZ, 1999, p. 230-231.

a participação recíproca no regime sucessório e o regime de bens a ser respeitado durante a união mantida. Entretanto, foi apenas com o Código Civil de 2002 que a união estável recebeu especial atenção do legislador.

Na atual lei civil, o artigo 1.723 reconhece 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.” Em que pese o texto original da lei ainda fazer menção à figura do “homem e a mulher”, é cedido que recentemente, em decisões proferidas nos julgamentos das ADI 4.277 e ADPF 132 pelo Superior Tribunal Federal foi reconhecida a união estável homoafetiva, originando-se dali, inclusive, a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça¹¹².

Assim, com o reconhecimento legal expresso da qualidade de entidade familiar atribuída à união estável, esta passou a figurar, ao lado do casamento, como importante figura também basilar da formação familiar.

Apesar de se tratar de estado de fato, para que se tenha caracterizada a união estável, embora nenhum registro oficial seja exigido, é necessário que se preencham alguns requisitos específicos, a saber:

- (i) a publicidade da convivência. “Isso pressupõe que os companheiros permitam que se torne conhecida de toda a gente a circunstância de que vivem como pares, e que essa convivência se destina ao fim de constituir família”, afirma Rosa Nery¹¹³. Mas neste requisito também reside a formalidade exigida de que, para que haja união estável válida, ambos os companheiros devem reunir condições válidas para se casar¹¹⁴;
- (ii) a continuidade da convivência, que se verifica pela ausência de interrupção, ou seja, para que se caracterize a união estável deverá ser notória a regularidade e habitualidade da relação, na qual os companheiros permanecem unidos, ainda que com pequenos espaços de tempo separados, em prol do objetivo comum da relação, que é o de constituir família. Assim, “duradoura é a convivência que não é efêmera, ocasional ou transitória.”¹¹⁵; e

¹¹² A resolução determina, em seu artigo 1º, que “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.”

¹¹³ NERY, 2013, p. 66.

¹¹⁴ Essa regra não se aplica à pessoa que se encontrar separada de fato (STJ, Resp 931.155/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. em 07 ago. 2007). Portanto, “a união estável poderá configurar-se mesmo que a) um de seus membros ainda seja casado, desde que antes de iniciar o companheirismo estivesse já separado de fato, extrajudicial ou judicialmente, do cônjuge; b) haja causa suspensiva, pois esta apenas tem por escopo evitar a realização de núpcias antes da solução e problemas relativos à paternidade ou a patrimônio familiar, visto que em nada influenciaria na constituição da relação convivencial. Assim sendo, se alguém maior de 70 anos passar a viver em união estável, não sofrerá nenhuma sanção, podendo o regime convivencial ser similar ao da comunhão parcial (CC, art. 1.725).”

¹¹⁵ NERY, 2013, p. 66.

(iii) a finalidade de constituição de família, de maneira duradoura (para não se dizer definitiva). Trata-se, pois, da condição aceita pelos companheiros de formarem a sua família a partir da união estável, prestando assistência mútua e compartilhando bons momentos e também as dificuldades da relação.¹¹⁶

Por muito tempo, a coabitação dos companheiros figurou neste rol de requisitos para a configuração da união estável¹¹⁷. A questão foi definida com a edição da Súmula 382 do STF, que encerrou a discussão estabelecendo que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

A presença destes requisitos, portanto, qualifica a relação vivida pelos companheiros como união estável e, com isso, passam a ser-lhes atribuída também uma série de direitos e deveres, dos quais não se podem esquivar. Temos, mais uma vez em pauta, a intervenção do Estado na ordem familiar.

Por tratar-se de entidade familiar cuja constituição é mais simples do que o casamento, é inegável o fato de que as uniões estáveis têm crescido em grande número no Brasil, especialmente entre as pessoas mais jovens e pelos casais residentes em grandes centros urbanos.¹¹⁸

Neste sentido, Samir Namur¹¹⁹ aponta:

¹¹⁶ Maria Helena Diniz aponta que o compromisso pessoal e mútuo de formar uma família, na união estável, deve ser atual, não bastando para a sua configuração a vontade futura de assim o fazer: “a formação do núcleo familiar, em que se tem compartilhamento de vidas, deve ser concretizada no presente, e não apenas planejada. Assim sendo, convivência com mera expectativa de constituir família futuramente não caracteriza união estável.” (DINIZ, 1999, p. 435). Além disso, em julgado proferido em 2003, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o desfrute dos bons momentos do dia a dia, sem a correspectiva partilha das dificuldades da convivência não é união estável (TJRS, EI 70006182166, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil, j. em 08 ago. 2003).

¹¹⁷ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. 1. AUSÊNCIA DE PROVAS DO INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 2. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.278/96, bem assim da jurisprudência desta Casa, a coabitação não constitui requisito necessário para a configuração da união estável, devendo encontrarem-se presentes, obrigatoriamente, outros relevantes elementos que denotem o imprescindível intuito de constituir uma família. Precedentes. 2. Na espécie, concluíram as instâncias de origem não se encontrarem presentes os requisitos necessários para a configuração de união estável. A coabitação foi reconhecida como ato de mera conveniência, ostentando as partes apenas um relacionamento de namoro. Para derruir as premissas firmadas necessário o reexame de fatos e provas, providência vedada nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 649.786/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04 ago. 2015, DJe 18 ago. 2015).

¹¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

¹¹⁹ NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 95-97.

De certa forma, é possível dizer que nas últimas décadas a união estável tem se difundido. No entanto, talvez seja ainda possível afirmar que corresponde a verdadeira ameaça à supremacia do casamento, o que certamente reflete o sucesso do modelo sócio-cultural deliberadamente imposto. [...] Nada obstante, independente daquilo que impulsiona um casal a viver em união estável, sem a celebração do casamento, certamente o seu cerne se encontra na informalidade, no afastamento da interferência estatal (sem embargo da possibilidade de pactuação de um acordo de vontades para regular a convivência, principalmente o campo patrimonial, que, uma vez situada na esfera da autonomia provada, reforça a ausência de interferência estatal).

Vanguardista a essa tendência, já em 1988 a Constituição Federal trazia em seu artigo 226, § 3º o reconhecimento da união estável como entidade familiar merecedora de proteção do Estado, “devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”¹²⁰ Ou seja, além de reconhecer a nova forma de entidade familiar, a Constituição Federal ainda atribuiu àqueles que por ela optassem a facilitação, pela lei, de sua conversão em casamento caso assim desejassem.

A nosso ver, ao assim prever o que pretendeu o constituinte, foi, de certa forma, atribuir à união estável um *status* de entidade familiar tal qual aquele caracterizado pelo casamento, porém reservando aos conviventes a opção de, caso assim preferam, convertê-la em casamento contando, para tanto, com a facilitação da lei.

Sobre este ponto, Maria Helena Diniz¹²¹ ressalta que:

A proteção jurídico-constitucional recai sobre uniões matrimonializadas e relações convivenciais *more uxorio*, que possam ser convertidas em casamento. Com isso, a união estável perde o status de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar, logo não pode ser confundida com união livre, pois nesta duas pessoas de sexos diferentes, além de não optarem pelo casamento, não têm qualquer intuito de constituir família, visto que, tão somente, assumiram “relação aberta” ante a inexistência de compromisso.

De todo modo, “a Constituição Federal veda ao Poder Público tratamento diferente aos componentes de entidade familiar formada pela união de fato (art. 1.723 e parágrafos do CC/02), ainda que os companheiros não a tenham formalizado pelo contrato escrito, aludido no art. 1.725 do CC/02.”¹²²

¹²⁰ Art. 226, § 3º CF: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo à lei facilitar sua conversão em casamento.

¹²¹ DINIZ, 2017, p. 416.

¹²² NERY, 2013, p. 180.

No entanto, o que se vê da construção da legislação, grande parte da doutrina e jurisprudência desde então é que, na verdade, todas rumaram no sentido de efetivamente equiparar os institutos, em vez de, como expressamente permitiu a Constituição Federal, apenas defender a facilitação da conversão de um em outro.

Neste sentido, Zeno Veloso¹²³ aponta o teor deontológico da Constituição Federal ao prever a facilitação da conversão da união estável em casamento:

Convém esclarecer que a Constituição, ao sinalizar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não está estabelecendo hierarquia, precedência ou preferência entre essas duas formas de constituição de família. Uma conclusão nesse sentido não tem base histórica ou sociológica e se choca com os fundamentos, o todo orgânico, o próprio ideário, liberal, igualitário, solidário e democrático da Carta Magna. O que ela quer, simplesmente, é que, se os conviventes resolverem casar, que esse objetivo seja facilitado, dispensando-se os que já vivem juntos, em união estável, como entidade familiar, de algumas exigências que são prescritas para os que não exibem tal condição.

Ou seja, ao determinar que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento o que pretendeu o Constituinte foi abrir aí uma faculdade, um instrumento de facilitação da lei para que os interessados em assim o fazer pudessem, então, converter suas uniões em casamento. Contudo, não é isso o que tem se acompanhado da doutrina e jurisprudência relacionadas ao tema nos últimos anos.

A bem da verdade, no lugar da mera facilitação da conversão da união estável já existente em casamento, objetivo primordialmente atribuído pelo texto constitucional ao legislador ordinário, o que ocorreu na prática foi a efetiva equiparação dos institutos, como se ambos fossem, ao fim e a cabo, uma coisa só.

Essa equiparação, cuja forma, a nosso ver, mostra-se forçosa — eis que não advinda de fonte legal originária, mas sim de interpretação da lei já posta pela doutrina e jurisprudência que se dedica ao tema — além de distorcer a recomendação constitucional, acaba, de um lado, por indiretamente ferir o princípio da autonomia privada, tão prezado nas relações civis particulares, e de outro, por provocar o efetivo esvaziamento de um instituto — no caso, a união estável — em prol do outro — nesse caso, o casamento.

3.2.1 A forçosa equiparação da união estável ao casamento, o esvaziamento do instituto e análise da infração ao princípio da autonomia privada

¹²³ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

Podemos fixar como marco inicial da tentativa de equiparação da união estável ao casamento a discussão em relação ao texto originalmente inserto no artigo 1.790 do Código Civil que, ao regulamentar o regime sucessório do companheiro, o fazia da seguinte forma:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

De acordo com a previsão do citado artigo, portanto, o companheiro sobrevivente faria jus à herança dos bens onerosamente adquiridos durante a união estável, afastando-o da sucessão dos bens particulares¹²⁴, não importando o regime de bens adotado na união estável¹²⁵.

Trata-se, assim, de norma substancialmente diferente daquela prevista para o cônjuge sobrevivente, que, se casado sob o regime da comunhão parcial de bens, participa da sucessão dos bens particulares deixados por este, em concorrência com os filhos e ascendentes do falecido, se existirem¹²⁶.

A nítida diferenciação na sucessão do cônjuge e do companheiro, que, a princípio, se justificaria pelo fato de serem cada um destes detentores de qualidades distintas em relação ao *de cujus*¹²⁷ — sendo, portanto, um deles companheiro e o outro cônjuge — não foi, contudo, recebida com bons olhos pela maior parte da doutrina e jurisprudência afetas ao tema, mas ao revés.

¹²⁴ Aqueles adquiridos antes da união estável ou que se sub-rogaram no lugar destes, tal como define o artigo 1.659, II do Código Civil vigente.

¹²⁵ Frise-se o fato de que, em não havendo pacto de convivência firmado ou escritura que reconheça a união estável a definir o regime de bens adotado pelo casal, este será o da comunhão parcial, como determina o artigo 1.725 do Código Civil vigente.

¹²⁶ Vide artigo 1.829, I e II do Código Civil vigente.

¹²⁷ É, portanto, plenamente possível que cada entidade familiar tenha o seu próprio estatuto normativo, desde que respeitada a condição de respeito à igualdade, que é violada quando indivíduos iguais são submetidos a tratamento distinto sem justificação relevante (NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 204-205).

Notórios juristas e diversas entidades de classe do Direito voltaram-se contra a constitucionalidade do mencionado artigo e passaram a questioná-la perante o Supremo Tribunal Federal¹²⁸.

O principal argumento a fundamentar a alegação de inconstitucionalidade seria a ilegalidade caracterizada pela diferenciação que a lei fazia em relação à sucessão do cônjuge e do companheiro quando, constitucionalmente, era reconhecida a união estável como entidade familiar e, bem assim, recomendada a facilitação de sua conversão em casamento sempre que presentes os requisitos.

No julgamento dos recursos, que culminou na declaração de inconstitucionalidade da diferenciação que fazia o artigo ao prever ao companheiro regime sucessório diferente daquele previsto e aplicável ao cônjuge, o Ministro José Roberto Barroso, relator dos recursos, entendeu que¹²⁹:

Assim, a partir da ideia de que o legislador pode adotar regimes jurídicos diversos para o casamento e a união estável, torna-se necessário separar as situações em que a diferenciação de regimes jurídicos é feita de forma legítima daquelas em que é feita de forma arbitrária. Essa é uma questão importante, pois, para parcela da doutrina e da jurisprudência, o fato de o texto constitucional prestigiar a facilitação da conversão da união estável em casamento significa que o constituinte conferiu um tratamento privilegiado às uniões matrimoniais. Segundo esse entendimento, tal privilégio autorizaria o legislador a instituir, de forma legítima, regimes jurídicos diversos para as duas entidades familiares, inclusive quanto à questão sucessória. Essa, porém, não parece ser a leitura mais adequada do texto constitucional. Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é contribuir para o

¹²⁸ Figuravam na qualidade de *amicus curiae* dos Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694, responsáveis por levar à pauta do STF a discussão acerca da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, por exemplo, o Instituto Brasileiro de Direito de Família — IBDFAM, O Instituto dos Advogados Brasileiros — IAB e a Associação de Direito de Família e Sucessões — ADFAS, todos representados por seus respectivos presidentes.

¹²⁹ “DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provedimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. Recurso Extraordinário 878.694 MG, Rel. Min. José Roberto Barroso, j. em 10 mai. 2017.

desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados. Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra.

Como resultado do julgamento, o artigo 1.790 e seus incisos foram declarados inconstitucionais pela Corte Suprema e, atualmente, a recomendação é a de que o regime sucessório do companheiro siga a mesma regulamentação já antes prevista ao cônjuge, estabelecida pelos artigos 1.829 e seguintes do Código Civil.¹³⁰

É certo que não há qualquer hierarquia criada na Constituição Federal em relação às entidades familiares por ela reconhecidas¹³¹, não havendo de se falar aqui, portanto, em uma espécie de supremacia do casamento em relação à união estável.

No entanto, é também necessário reconhecer que a equiparação, a todo custo, da união estável ao casamento acaba por gerar verdadeira insegurança jurídica na medida em que o texto originalmente — e ainda vigente — positivado já não se mostra aplicável na prática; e, junto disso, vê-se ainda um verdadeiro afronte à liberdade, vontade e à autonomia privada das partes, princípio que norteia as relações entre particulares.

Essa liberdade é o que se chama de autonomia. Não se pode, todavia, deixar de distinguir autonomia da vontade de autonomia privada. Em verdade, a segunda é consequência da evolução do conceito da primeira.

Segundo a teoria da autonomia da vontade, o indivíduo obriga-se apenas por meio da manifestação de vontade, que é suficiente para desencadear efeitos jurídicos, inexistindo limites para o exercício da liberdade.

A teoria da autonomia privada vai mais além, pois, nela, a vontade não é o único fator determinante. É imprescindível que a vontade seja externada em consonância com o que for

¹³⁰ Resta ainda a controvérsia em relação à posição ou não do companheiro também como herdeiro necessário, qualidade essa sustentada pelo cônjuge (*cf.* artigo 1.845 do CC/02), vez que no julgamento dos recursos acima mencionados não se esclareceu tal condição. A maior parte da doutrina afeta ao tema, contudo, defende que já se superou esta questão, de forma a atribuir a qualidade de herdeiro necessário também ao companheiro, quando se declarou a inconstitucionalidade do artigo que previa regime sucessório distinto a este.

¹³¹ Encontramos, contudo, posição parcialmente contrária nas palavras de Paulo Lins e Silva: “Assim, a lei, supostamente, equiparou os efeitos de ambos os tipos familiares, todavia colocou em posição hierárquica superior o casamento, pois sugere que a transformação da união estável em casamento deve ser facilitada, como se esta fosse melhor ou mais segura que aquela. Tem-se que tal sugestão para a inserção no texto constitucional foi objeto da Igreja, para que não se estimulasse a manutenção do status da união estável, mas sempre induzisse ou sugerisse aos conviventes a transformação de sua relação afetiva informal num casamento formal.” (SILVA, 2016, p. 84).

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)¹³².

A autonomia privada pode ser entendida, portanto, como a liberdade assegurada às partes que participam de determinado negócio jurídico na medida em que se garante a livre manifestação de suas vontades. É o princípio pelo qual se busca garantir a supremacia dos interesses das partes, livremente manifestados por elas, para o cumprimento de determinados direitos e obrigações que assumiram entre si.

Sobre o tema, Mairan Gonçalves Maia Junior¹³³ descreve:

Compreende-se por autonomia privada o poder outorgado ao indivíduo para legitimamente criar normas jurídicas, assumindo obrigações ou exercitando direitos, de modo a poder atuar e desenvolver sua potencialidade como agente produtor de riquezas; de poder celebrar negócios jurídicos e, dessa forma, desenvolver seu patrimônio jurídico, atender suas necessidades, contribuindo para o progresso da própria sociedade. Por meio da autonomia privada, permite-se ao titular a autorregulamentação de seu patrimônio jurídico e a definição dos efeitos jurídicos que pretende produzir. A autonomia privada revela o poder de criação e de autorregulamentação de seu titular.

Para Rosa Nery, “pode-se afirmar que a ideia de autonomia da vontade liga-se à vontade real ou psicológica dos sujeitos, no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou a causa de efeitos jurídicos.”¹³⁴

¹³² XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento**: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. p. 149.

¹³³ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 104. No mesmo sentido, a lição de Débora Vanessa Caús Brandão: “A autonomia privada consiste na possibilidade conferida às pessoas pelo ordenamento jurídico de estabelecer relações jurídicas cujo conteúdo e efeitos são por ele reconhecidos e tutelados, bem como de autorregular suas ações, desde que dentro dos limites jurídicos.” (BRANDÃO, 2007, p. 17).

¹³⁴ NERY, 2013, p. 106. Na mesma obra, a autora prossegue: “A autonomia privada, como fonte normativa, é fenômeno que permite que o sujeito realize negócios jurídicos (principalmente, negócios jurídicos bilaterais, ou seja, contratos), que são extraordinários mecanismos de realização do Direito, na medida em que o negócio jurídico é um modo de manifestação de normas jurídicas (ainda que particulares). A autonomia da vontade desafia, por isso, o verso e o averso de uma mesma medalha: é a um só tempo a confirmação da evidência de um espaço jurídico livre na ingerência do Estado, destinado a normatividade particular; de outro lado, em sentido contrário, é a constatação da existência de reserva de um espaço de incidência apenas de normas cogentes, exclusivo do exercício do poder, vetado à liberdade negocial.” Maria Helena Diniz também comenta o tema: “Assim, no direito de família a regra é o princípio estatutário e a exceção, a autonomia da vontade, porque o interesse individual está sujeito ao da família. Como aponta Ruggiero, “através do interesse familiar exige e recebe proteção um interesse mais alto: o do Estado, cuja força de desenvolvimento e de vitalidade depende da solidez do núcleo familiar.” Consequentemente, o Estado, consciente de seus objetivos, não pode entregar ao

Logo, ao inicialmente optar por estabelecer a sua entidade familiar via união estável, o indivíduo que assim o faz está, em pleno exercício de sua autonomia privada, criando para si a regulamentação que pretende ver aplicada a si e à sua família: aquela prevista na lei civil e aplicável à união estável.

Ainda que haja a previsão constitucional de que o Estado deverá, por lei, facilitar a conversão da união estável em casamento, parece evidente que essa convocação apenas ocorrerá caso haja de fato a opção dos companheiros em assim o fazer. A proposição da Constituição é, portanto, neste ponto, meramente facultativa, e não impositiva.

Contudo, não é isso o que acontece quando, por exemplo, o indivíduo que conscientemente optou por conviver em união estável e, assim, sujeitar-se às regras a ela atinentes, também consciente de que são diferentes daquelas aplicáveis ao casamento, vê-se obrigado e impossibilitado de agir de forma diferente ao administrar seu patrimônio.

Não há, assim, respeito à opção escolhida pelo próprio indivíduo ao formar a sua família, já que, mesmo tendo ele optado por conviver em união estável, a atual interpretação do tema praticamente o obriga a entender-se como se casado fosse. Há, no lugar disso, uma aparente subversão do que o Poder Constituinte originário pretendeu estabelecer neste caso.

Neste ponto, portanto, a sobreposição da atuação do Estado à vontade dos próprios indivíduos formadores da família é evidente. Nas palavras de Rosa Nery¹³⁵:

Na ideia do casamento civil há uma disposição dos nubentes que se explica pela aceitação clara e inequívoca de um modo de vida voltado para deveres e responsabilidades específicas, que tem data para fixar o compromisso do casal, projetando-o para o futuro. [...] Usando de um raciocínio inverso, não é difícil imaginar que a disposição dos conviventes de não convolarem núpcias tem um sentido revelado da vontade de não submeterem-se a essa estrutura prévia de “organização de sacrifício” que o casamento civil revela. Essa conformação clara que o casamento civil tem, e que a união estável não tem, sinaliza para o intérprete que os companheiros não pretendem que se conclua no sentido de que entre eles existe um vínculo que não se quis criar. [...] O “querer” casar-se revela uma vontade que, na união estável não se pode pressupor existir, em respeito, mesmo à liberdade dos companheiros e aos limites de seu comportamento dual.

indivíduo a sorte da família. Logo, os efeitos do matrimônio, do companheirismo e da filiação, a extensão do poder familiar e do poder tutelar não podem submeter-se ao arbítrio individual, por manifestarem um interesse da comunidade política, já que a sólida organização da família, segurança das relações humanas, constitui a base ou alicerce de toda a estrutura da sociedade e da preservação e fortalecimento do Estado. Em virtude disso a maioria das normas de direito de família são cogentes ou de ordem pública, insuscetíveis de serem derogadas pelo simples arbítrio do sujeito, devendo ser, por isso, interpretadas restritivamente.” (DINIZ, 2017, p. 44).

¹³⁵ NERY, 2013, p. 241.

Ou seja, há de se respeitar também a decisão dos conviventes em não serem tratados ou vistos como casados apenas porque a interpretação majoritária que atualmente se dá ao tema é a de que a união estável deve ser, sempre e em todo caso, equiparada ao casamento, sob pena de, ao assim fazer, estar-se ferindo o mais basilar princípio norteador das relações privadas. Sem o respeito da vontade particular não há Direito Privado.

Vale dizer que o fundamento que serve de base ao argumento de que a união estável merece ser equiparada ao casamento, que é a de suposta inconstitucionalidade da diferenciação ante o eventual desrespeito à igualdade das entidades familiares, fere, por sua vez, também os princípios da liberdade individual¹³⁶ e da autonomia privada.

Afinal, como salienta Álvaro Villaça Azevedo, “Ninguém pode ser obrigado a casar-se, mormente por imposição legal ou judicial”.¹³⁷

No mesmo sentido, Samir Namur¹³⁸ arremata:

A conclusão é que é extremamente oportuno estabelecer o limite da intervenção do direito e do Estado na organização familiar, para que as suas normas não causem prejuízo à liberdade do sujeito, principalmente em um momento em que não mais cabe uma família monolítica, unidade produtiva e esteio econômico da nação, ostensivamente regulada pelo Estado, que impõe a sua maneira de constituição e também as causas que servem como motivação para a sua desconstituição.

Mais do que isso, contudo, é importante notar que se, de um lado, “o casamento se assenta na vontade livre dos nubentes em contraí-lo”, de outro, “as relações pessoais entre os

¹³⁶ “A fim de que se defenda a ‘ausente presença’ da intervenção do Estado, mostra-se necessário o questionamento acerca do cabimento e dos limites da atuação estatal no âmbito da vida íntima das relações conjugais por meio da imposição de direitos e deveres recíprocos. Reconhecida a família como um instrumento para a realização de seus membros, revela-se questionável que a pretensa manutenção do vínculo conjugal se sobreponha às necessidades dos cônjuges de se relacionarem conforme melhor lhes aprouver. Os cônjuges e conviventes, ressalvados os direitos de terceiros, devem ser livres para planejar, deliberar, constituir e desconstituir a forma de se relacionarem e de se estruturarem suas relações familiares e suas aspirações para a vida conjugal.” (MULTEDO, 2017, p. 227-228).

¹³⁷ AZEVEDO, 2003, p. 278.

¹³⁸ NAMUR, 2009, p. 129. Também é digna de nota a posição de Fernanda Xavier sobre o tema: “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.” (XAVIER, 2015, p. 159).

companheiros carecem desse ato volitivo formal e solene, mas a lei os submete a deveres semelhantes [...], ainda que não o queiram.”¹³⁹

A tarefa aqui, então, é buscar na fonte da questão — que, claramente, é o texto da Constituição Federal de 1988 — qual é o sentido que se pretendeu atribuir à norma que previu a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Lá encontramos, como já vimos acima, a mera recomendação do texto constitucional para que a legislação extravagante facilitasse tal conversão, mas não a imposição da obrigatoriedade de isso acontecer em todo e qualquer caso. Por isso, tomando-se por base o que determinou a CF/88, norma de ordem pública e que demanda, portanto, interpretação restritiva, entende-se que não há a intenção legal de equiparação dos institutos, mas sim apenas a recomendação de que, quando pleiteada, a conversão da união ao casamento seja facilitada.

Maria Helena Diniz reforça essa tese ao assim afirmar¹⁴⁰:

A Constituição Federal, por ser a união estável uma realidade social, não pôde desconhecê-la. Mas não pretendeu robustecê-la nem equipará-la ao casamento (RT, 770:287), pois procurou, tão somente, reconhece-la, para fins de proteção do Estado, como entidade familiar (CF, art. 226, §3º), dispondo que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento. [...] Se ao optar pela união estável, os conviventes expressam o livre exercício da liberdade de não aderir ao matrimônio, o art. 226, §3º, da Constituição Federal apenas cria a função estatal de proteger o companheirismo como entidade familiar, editando, p. ex., normas sobre subvenção familiar para aquisição de casa própria ou assistência educacional e de promover o incentivo de sua conversão em casamento, apontando procedimentos rápidos e eficazes para tanto.

Além disso, outra consequência bastante temerária dessa interpretação é a de que haja, então, um efetivo esvaziamento do instituto da união estável face ao casamento — ou vice-versa. Ora, se a união estável deve então, como se propõe, ser equiparada ao casamento em todos os seus aspectos, em mera decorrência lógica ter-se-ia a subsunção completa desta pelo casamento, de modo que no lugar dos dois institutos passa a existir, teoricamente, apenas um.

¹³⁹ COMEL, Wilson J.; COMEL, Denise Damo. União estável e casamento. *In*: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Coord.). **Família e Sucessões**: entidades familiares. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1141).

¹⁴⁰ DINIZ, 2017, p. 489-490. O mesmo entendimento é encontrado nos dizeres de Zeno Veloso: “Convém esclarecer que a Constituição, ao sinalizar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não está estabelecendo hierarquia, precedência ou preferência entre essas duas formas de constituição de família. [...] O que ela quer, simplesmente, é que, se os conviventes resolverem casar, que esse objetivo seja facilitado, dispensando-se os que já vivem juntos, em união estável, como entidade familiar, de algumas exigências que são prescritas para os que não exibem tal condição.” (VELOSO, 2010, p. 159).

Contudo, nem mesmo este raciocínio consegue assumir o seu lugar na prática, já que as formalidades exigidas para a formalização do casamento, sabe-se, são muito diferentes daquelas necessárias para que se tenha reconhecida a união estável¹⁴¹ — que, aliás, como visto acima, na verdade decorrem de circunstâncias fáticas específicas.

Ou seja, ao final, não se pode nem concluir que há atualmente em vigência, como a lei originalmente propôs, dois institutos diferentes (de um lado, o casamento, e de outro, a união estável), nem que há apenas um deles, já que os requisitos para a formalização de cada um são muitíssimo diferentes.

Encontramo-nos, portanto, em um momento de efetiva indefinição legal sobre o tema, já que a lei, tal como ainda posta, prevê a existência de dois sistemas jurídicos distintos, reguladores de dois institutos jurídicos distintos que, na prática, não mais se aplicam.

Essa conjuntura atual, entretanto, deve-se à forma forçosa que a equiparação da união estável ao casamento tem se dado nos últimos anos, a nosso ver. E dizemos “forçosa” porquanto decorrente de interpretação, doutrinária e jurisprudencial¹⁴², sobre o tema, já que nenhuma lei

¹⁴¹ Enquanto as normas que definem as condições de existência, validade e eficácia do casamento encontram-se disciplinadas nos artigos 1.511 a 1.590 do Código Civil, aquelas atinentes à união estável encontram-se nos artigos 1.723 a 1.727.

¹⁴² Veja-se, por exemplo, o teor do Enunciado Programático do IBDFAM nº 3: “Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro.” Da mesma forma, é massiva a manifestação jurisprudencial no sentido de reconhecer como equiparadas as figuras da união estável e do casamento — especialmente após a declaração da equiparação da sucessão do cônjuge e do companheiro pelo STF, como visto acima. Exemplos deste entendimento são encontrados no STJ: “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS. BEM ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES. ART. 1790, INCISOS I E II, DO CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EQUIPARAÇÃO. CF/1988. NOVA FASE DO DIREITO DE FAMÍLIA. VARIEDADE DE TIPOS INTERPESSOAIS DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. ART. 1829, INCISO I, DO CC/2002. INCIDÊNCIA AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. SÚM 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. 1. É firme o entendimento do STJ de que “a meação constitui-se em consectário do pedido de dissolução da união estável, não estando o julgador adstrito ao pedido de partilha dos bens discriminados na inicial da demanda” (REsp 1021166/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02 out. 2012, DJe 08 out 2012). 2. A diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional. Decisão proferida pelo Plenário do STF, em julgamento havido em 10/5/2017, nos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS. 4. Considerando-se que não há espaço legítimo para o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002 (RE n. 878.694/MG, relator Ministro Luis Roberto Barroso). 5. “Conhecido o recurso especial, cabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar a insurgência à luz do ordenamento jurídico, impondo-se a aplicação de sua jurisprudência, ainda quando advém alteração de entendimento entre o período que intermedeia a interposição do reclamo e seu definitivo julgamento” (AgRg nos EDcl no REsp 960.360/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13 nov. 2012, DJe 22 nov. 2012). 6. Aberta a instância recursal, não havendo coisa julgada do tema, aplicou-se o direito à espécie (Súmula nº 456 do STF),

enquadrando o precedente vinculante do STF — RE n. 878.694/MG —, conforme determinação do voto condutor: "com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública". 7. Na hipótese, há peculiaridade aventada por um dos filhos, qual seja, a existência de um pacto antenupcial — em que se estipulou o regime da separação total de bens — que era voltado ao futuro casamento dos companheiros, mas que acabou por não se concretizar. Assim, a partir da celebração do pacto antenupcial, em 4 de março de 1997 (fl. 910), a união estável deverá ser regida pelo regime da separação convencional de bens. Precedente: REsp 1.483.863/SP. Apesar disso, continuará havendo, para fins sucessórios, a incidência do 1829, I, do CC. 8. Deveras, a Segunda Seção do STJ pacificou o entendimento de que "o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002, e de que a exceção recai somente na hipótese de separação legal de bens fundada no art. 1.641 do CC/2002". 9. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1318249/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019); "DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.611, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. EXTINÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE NOVA ENTIDADE FAMILIAR. UNIÃO ESTÁVEL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O recurso especial debate a possibilidade de equiparação da união estável ao casamento, para fins de extinção do direito real de habitação assegurado ao cônjuge supérstite. 2. Em sucessões abertas na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação enquanto permanecer viúvo. 3. A atribuição do direito real de habitação consiste em garantia do direito de moradia por meio da limitação do direito de propriedade de terceiros, uma vez que herdeiros e legatários adquirem o patrimônio do acervo hereditário desde a abertura da sucessão, por força do princípio da saisine. 4. Conquanto o marco para extinção fizesse referência ao estado civil, o qual somente se alteraria pela contração de novas núpcias, não se pode perder de vista que apenas o casamento era instituição admitida para a constituição de novas famílias. 5. Após a introdução da união estável no sistema jurídico nacional, especialmente com o reconhecimento da família informal pelo constituinte originário, o direito e a jurisprudência paulatinamente asseguram a equiparação dos institutos quanto aos efeitos jurídicos, especialmente no âmbito sucessório, o que deve ser observado também para os fins de extinção do direito real de habitação. 6. Tendo em vista a novidade do debate nesta Corte Superior, bem como a existência de um provimento jurisdicional que favorecia o recorrido e o induzia a acreditar na legitimidade do direito real de habitação exercido até o presente julgamento, deve o aluguel ser fixado com efeitos prospectivos em relação à apreciação deste recurso especial. 7. Recurso especial provido." (REsp 1617636/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27 ago. 2019, DJe 03 set. 2019) e também nas Cortes estaduais, como em: "Previdenciário Ação de restabelecimento de pensão pelo falecimento de cônjuge, ex-servidora pública estadual Benefício cancelado, diante do estabelecimento de união estável Possibilidade Equiparação ao casamento para o fim de proteção do Estado (art. 226, parágrafo 3º, da CF) Interpretação da legislação de regência de acordo com a nova sistemática constitucional Improcedência que se sustenta Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 0000363-04.2009.8.26.0638; Relator (a): Ivan Sartori; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Tupi Paulista — 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 28 set. 2011; Data de Registro: 03 out. 2011) e "APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA DOS AUTOS QUE DEMONSTRA A CONVIVÊNCIA MANTIDA ENTRE O FALECIDO E A COMPANHEIRA A JUSTIFICAR A CONDIÇÃO DE PENSIONISTA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. 1. Em razão da equiparação constitucional entre o casamento e a união estável, deve ser aplicada analogicamente a previsão legal disposta no art. 9º, § 1º, da Lei Estadual nº 7.672/82, fazendo jus a autora, companheira do de cujus, à sua inclusão como dependente junto ao IPERGS diante da farte prova colacionada ao feito. Precedentes jurisprudenciais. 2. Além disso, comprovada a condição da autora de companheira do segurado falecido, não há que se perquirir acerca da necessidade da demonstração de dependência econômica, haja vista a equiparação constitucional entre o casamento e a união estável. APELAÇÃO DESPROVIDA." SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. UNÂNIME. (Apelação / Remessa Necessária, Nº 70082966581, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em: 31 out. 2019). Há, contudo, ainda que em menor número, manifestação da jurisprudência também no sentido contrário, julgando pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002: "Inventário. Bens deixados por companheiro. Decisão que entendeu que o art. 1.790, do CC é inconstitucional, por não equiparar as regras de sucessão da união estável com as de casamento. Insurgência. Decisão que merece ser alterada. Órgão Especial deste E. Tribunal que, em recente julgamento, entendeu que o art. 1790, do CC é constitucional e compatível com o art. 226, § 3º, da CF. Motivação ali exposta usada como razão de decidir deste recurso.

Posicionamento anterior ressalvado. Recurso provido. Ressalvado meu posicionamento anterior, o recurso comporta acolhida. O C. Órgão Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010, relatada pelo Des. Cauduro Padin, assim se pronunciou a respeito da questão: "União estável. Direito sucessório. Sucessão do companheiro. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido" (Arguição de Inconstitucionalidade n. 0434423-72.2010, relator Desembargador Cauduro Padin). Naquela ocasião, constou no referido voto a motivação que passo a transcrever e que utilizo como razão de decidir deste agravo de instrumento: "Miguel Reale ao discorrer sobre a história do Código Civil esclareceu a diferença das entidades familiares: 'Dentre os artigos da Constituição de 1988 merece especial destaque o de n. 226, que dispõe sobre a criação e as funções das entidades familiares. Em primeiro lugar, é aumentado o número delas, que passam a ser três: a formada pelo casamento; a realizada pela união estável entre um homem e uma mulher; e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Equivocam-se aqueles que afirmam não haver hierarquia entre essas entidades familiares, pois é irrecusável o primado conferido à sociedade conjugal, estabelecendo o casamento 'comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges'. Para demonstrar a posição preeminente da sociedade conjugal, bastará observar que, segundo o § 3º do citado art. 226, deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Ora não teria sentido essa conversão para um ideal a ser atingido se o vínculo conjugal não figurasse como o da entidade familiar por excelência. Desse mandamento constitucional resulta, implicitamente, que não há igualdade absoluta de direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, dependendo do disposto na lei infraconstitucional que é o Código Civil, o qual disciplina a matéria em três artigos distintos, os de n. 1.724, 1.725 e 1.790'. Ao referir-se ao art. 1790, afirmou o jurista 'constituir valiosa norma em vigor' esclarecendo: 'O art. 1790 substitui o art. 2º da Lei 8.971, de 1994, a qual não considerava o companheiro herdeiro, limitando-se a conferir-lhe usufruto dos bens do falecido. Nesse ponto é louvável a alteração feita pelos congressistas no tocante à união estável'" (REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 270-272). A equiparação é insustentável como observa Eduardo Oliveira Leite: 'Por derradeiro, poder-se-ia afirmar que, a tão só arguição do art. 226, caput, da Constituição espanca qualquer possibilidade de equiparação entre as duas figuras' (LEITE, Eduardo de Oliveira. **O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). RT, 1993, p. 99). Aliás, a discussão já foi esclarecida pelo ilustre Desembargador Barbosa Moreira em acórdão paradigma: 'A norma do § 3º de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre a "união estável" não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem iguais, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da 'união estável' em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessária e inconcebível a conversão' (TJRJ, Apel. 1.123/911 - Relator Des. Barbosa Moreira). Nesse passo, observando o claro preceito Constitucional, a norma deu tratamento diverso ao cônjuge e ao companheiro, nos termos do art. 1.790. Assim, optou o legislador justamente por não equiparar os dois institutos, o que não implica necessariamente em situação vantajosa. Nesse sentido é o entendimento da Ministra Nancy Andrighi: 'não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras da sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil'. Prossegue concluindo: 'Não há, em princípio, inconstitucionalidade na regra do art. 1.790 do CC/02 pela mera constatação de que, numa hipótese pontal, essa norma confere mais vantagem à companheira que conferiria a esposa casada pelo regime da comunhão parcial. A norma constitucional meramente determina a facilitação para que se convertam as uniões estáveis em casamentos, sem determinar, de maneira positiva, a criação de normas que confirmem vantagens materiais para o casamento' (MC n. 14.509-SP, j.17.12.2009). No mesmo sentido REsp n. 1.117.563-SP, j. 17.12.2009. Diante da existência de regramentos diversos, os interessados poderão analisar a conveniência de optar pelo casamento ou permanecer em união estável. Optando pela união estável os interessados deverão aos seus regramentos se submeter. Nesse sentido, é o entendimento do Ministro Vasco Delia Giustina que, ao fundamentar seu voto no REsp n. 1.090.722-SP transcreveu a ementa do seguinte acórdão: 'SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. 2. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja facilitada a sua conversão em casamento. 3. Tratando-se de institutos jurídicos

foi editada nesse sentido nos últimos anos como forma de resolver o impasse. Trata-se, portanto, também de conflito de fontes do Direito, aqui percebido entre o direito positivado e a interpretação que a ele se empresta.

distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, isso o que ocorre, também, com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens também ensejam sequelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias sequelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulando a questão, ela deve ser cumprida, já que se vive num Estado Democrático de Direito. Recurso provido, por maioria, vencido o Relator. (Agravo de Instrumento nº 70024063547, 7". C.C., Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Desembargador Relator Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves j . 27.08.2008). A legalidade do art. 1790, II do Código Civil foi também ressaltada pelo Ministro Sidnei Beneti: 'Dispõe, o Cód. Civil/2002, no art. 1790, II: 'A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: [...] 'Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles'. A clareza do dispositivo legal, projetado por Comissão de Juristas presidida pelo E. Prof. MIGUEL REALE, aprovado pelo legislativo brasileiro e promulgada pelo Presidente da República torna inacolhível a sustentação em sentido contrário" (REsp.n. 1.117.563-SP -votovista -grifei). Ao discorrer sobre possíveis vantagens conferidas à companheira, a Ministra Nancy Andrighi alerta: 'Em primeiro lugar, é importante ressaltar que não se pode dizer que há vantagem em um ou em outro regime familiar, tomando-se em consideração somente para as regras de sucessão legítima. Ainda que, em dados momentos, a regra de sucessão legítima seja mais vantajosa para o companheiro, isso não significa que o regime da União Estável seja necessariamente mais vantajoso que o casamento, do ponto de vista global. Há diversos benefícios conferidos pela lei ao casamento que não se estendem à união estável. Basta pensar, por exemplo, que a prova do casamento é direta, decorrendo meramente do registro (art. 1.543 do CC/02), ao passo que a união estável deve ser demonstrada caso a caso; que o cônjuge é herdeiro necessário, contando com a garantia da legítima que, em princípio, não assiste ao companheiro; que, protegendo o patrimônio do casal, a Lei condiciona à autorização do cônjuge a prática de determinados negócios jurídicos; que a ordem de vocação hereditária coloca o cônjuge antes dos colaterais na sucessão exclusiva; e assim por diante. Em segundo lugar, é muito difícil antecipar o quanto representariam essas vantagens, aferíveis, não no momento da sucessão, mas durante a relação mantida entre os cônjuges, na decisão de contrair ou não casamento. E temerário afirmar, apressadamente e com os olhos voltados apenas para uma situação pontual, que os arts. 1.790 e 1.829 podem tornar mais vantajoso viver sob o regime da união estável sob o regime do casamento. As variáveis são muito numerosas' (REsp.1.117.563-SP). No que tange à diferença de tratamento entre cônjuges e companheiros outras controvérsias são apontadas pela doutrina: '[...] diz respeito ao fato de não ter o legislador do Código Civil, alinhado o companheiro no rol dos sucessores legítimos (art. 1.829 do CC), e nem mesmo concedeu-lhe acento no elenco dos herdeiros necessários. [...] "Outras controvérsias importantes também se assinalam no texto legal, referentemente à grande diferença de tratamento, entre aquele que se dá aos cônjuges e aquele que não se dá aos companheiros, no cenário sucessório pós-morte. Assim, por exemplo, o que diz respeito à manutenção (ou não) do direito real de habitação a favor do companheiro sobrevivente, conforme admitia a Lei n.9.278/96". (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder**. Passado e Presente da transmissão sucessória concorrente. Tese apresentada para concurso público de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 497). Assim, a questão da igualdade de tratamento não é tão simples o que significa dizer que eventual equiparação deve ser total e não apenas em alguns aspectos da vida civil. Portanto, não se vislumbra a alardeada violação ao Texto Constitucional e aos seus princípios". Dessa forma, a decisão merece ser reformada, aplicando-se o art. 1.790, do Código Civil e elaborando-se a partilha obedecendo sua disposição. Ante o exposto, dou provimento ao recurso. (TJSP, AI nº 2169228-51.2014.8.26.0000, Des. Rel. Fabio Quadros, j. em 11 dez. 2014).

É importante, porém, que essa interpretação, que se auto justifica como sendo uma tentativa de proteção aos direitos dos companheiros em pé de igualdade aos cônjuges, não termine por causar o esvaziamento de um instituto jurídico em prol do outro, ferindo, em consequência, também os direitos à liberdade individual e a autonomia privada.

3.3 Outras entidades familiares

Como vimos, nas legislações brasileiras anteriores, apenas o casamento era reconhecido como entidade familiar e, por isso, merecedor da proteção da norma estatal.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse cenário mudou e abriu-se espaço para que novas formações familiares passassem a ser igualmente reconhecidas e terem a si também atribuídos os direitos antes previstos apenas ao casamento. Assim, no teor do artigo 226, § 3º da CF/88, foram reconhecidas, explicitamente, como entidade familiar ao lado do casamento, também a união estável e a família monoparental.

Maria Helena Diniz¹⁴³ bem resume a questão:

A união estável foi reconhecida, para fins de proteção especial do Estado, como **entidade familiar** pelo art. 226, §3º, da CF/88 (primeira parte), sem equipará-la ao casamento. Será mister esclarecer que a **família, em sentido amplo**, não se funda necessariamente no matrimônio, pois, como vimos alhures, pode albergar o conjunto de pessoas ligadas pelas núpcias, ou não, e sua prole, parentes colaterais e afins; e, ainda, qualquer dos pais e descendentes (família monoparental). E até mesmo poder-se-á falar em família substituta, configurada pela adoção, tutela e guarda. Consequentemente, o reconhecimento da união estável como entidade familiar não constitui um estímulo ao concubinato puro, mas um fortalecimento do casamento por haver incentivo à sua conversão em matrimônio. Isto é assim, porque a família é o gênero de que a entidade familiar é a espécie. Realmente, **em sentido estrito a família** funda-se no casamento civil e no religioso com efeito civil (CF/88, art. 226, §§ 1º e 2º), e a entidade familiar é a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, independentemente da existência de vínculo conjugal que a tenha originado (CF/88, art. 226, §§3º e 4º, JB, 166:227 e 324, grifos da autora).

Contudo, é evidente que o artigo referido não se trata de norma taxativa ou *numerus clausus*, mas sim de norma meramente exemplificativa, de modo que formações familiares

¹⁴³ DINIZ, 2017, p. 451.

outras, dentre as quase infinitas possibilidades que se podem constituir, merecem, igualmente, proteção do Estado enquanto família¹⁴⁴.

No julgamento das ADI 4277/DF¹⁴⁵ e da ADPF 132/RJ o STF, em 2011, ao reconhecer as uniões homoafetivas, também reconheceu-se e declarou-se a igualdade existente entre as

¹⁴⁴ “Com a Constituição Federal de 1988, novas formas de entidades familiares não fundadas no casamento foram reconhecidas pelo ordenamento jurídico, estabelecendo-se, para efeitos de proteção do Estado, também a união estável e a família monoparental (artigo 226, §3º e 4º). Logo se instaurou um conflito hermenêutico em relação ao dispositivo legal em tela, referente à taxatividade das formas de entidades familiares ali explicitadas; isto é, se somente o casamento, a união estável e a família monoparental poderiam ser considerados entidades familiares ou se outros arranjos familiares não expressamente previstos no dispositivo poderiam ser incluídos no conceito de família constitucionalmente disposto.” (MULTEDO, 2017, p. 32-33).

¹⁴⁵ A ementa do acórdão que julgou a ADI 4277/DF restou assim lançada: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

mais diversas entidades familiares e condenou-se quaisquer atos de discriminação de pessoas em razão do sexo ou de sua orientação sexual.

Dentre tais entidades, há as chamadas uniões de fato, ou concubinatos¹⁴⁶, os quais Maria Helena Diniz didaticamente classifica e diferencia em duas espécies: puros ou impuros.

Será pura a união de fato vivenciada entre duas pessoas que se encontram livres e desimpedidas para se casar e que mantêm, entre si, união pública e duradoura. Por sua vez, impura será a união de fato que se estabelece quando um ou os dois sujeitos estão comprometidos ou legalmente impedidos de se casar. Neste caso, “há um panorama de clandestinidade”¹⁴⁷, que tira da união de fato impura a qualidade de entidade familiar. Portanto,

REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

¹⁴⁶ “É inegável que a expressão ‘concubinato’ traz consigo uma carga intensa de estigmas morais, um verdadeiro sentido depreciativo para toda a cultura ocidental. Desse modo, sempre identificou uma relação familiar menos importante (que o casamento), um caráter de discriminação com relação ao casamento e à posição da mulher na sociedade, o que pode ser identificado pelo fato de não existir a variante masculina do substantivo (há apenas a **concubina**).” (NAMUR, 2009, p. 162).

¹⁴⁷ DINIZ, 2017, p. 443.

para fins de reconhecimento da proteção estatal, apenas a união de fato ou o concubinato puro é que pode ser tido como entidade familiar.

Assim, nas palavras de Rosa Nery:

União estável é união de fato que pode vir a ser transformada em casamento. “Concubinato” é a mesma união de fato, por vezes também estável, mas que, por impedimento legal (art. 1.521 do CC/02) de um dos concubinos, ou de ambos, para o casamento, não pode ser transformada em casamento.

O concubinato está conceituado no artigo 1.727 do Código Civil de 2002 que o define como sendo a relação estabelecida entre homem e mulher¹⁴⁸ impedidos de se casar. Sobre o citado dispositivo, Venosa comenta que¹⁴⁹:

O art. 1.727, já citado, define como concubinato as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Tal, por si só, não retira dessa modalidade de união todo o rol de direitos atribuídos à união estável, assim definida em lei. Não é essa a conclusão a que se há de chegar. Impõe-se verificar em cada caso, ainda que a situação seja de concubinato na concepção legal, quais os direitos de união estável que podem ser atribuídos aos concubinos, mormente a divisão de patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Portanto, mesmo as uniões de fato estabelecidas entre pessoas que, por qualquer motivo, encontram-se legalmente impedidas de se casar, merecem proteção do Estado na medida em que o núcleo por elas formado é também tido como família.

Ao lado delas, há também a chamada família monoparental, expressa na Constituição Federal de 1988 e que é aquela constituída por um dos ascendentes e seu(s) descendente(s).

Assim, “uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças. Enquanto na França determinou-se a idade limite desta criança — menos de 25 (vinte e cinco) anos — no Brasil, a Constituição limitou-se a falar em descendentes, tudo levando a crer que o vínculo pais x filhos dissolve-se naturalmente com a maioridade 18 (dezoito anos), conforme disposição constante no art. 5º do CC/2002 brasileiro.”¹⁵⁰

¹⁴⁸ Condição essa que, sabe-se, desde o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF já não se faz mais presente.

¹⁴⁹ VENOSA, 2005, p. 67.

¹⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 22.

Ainda sem reconhecimento legal, mas já objeto de estudos pela doutrina e de análise de casos pela jurisprudência, também se encontram neste grupo as chamadas “famílias paralelas”, ou “famílias simultâneas”, que se referem à “situação na qual alguém, que já possui um vínculo de conjugalidade ou de união estável com seu cônjuge ou convivente, adquire, sem cessação ou extinção daquele primeiro vínculo, uma outra união com uma terceira pessoa, com quem o primeiro também constitui família. Há, pois, a concorrência de duas uniões estáveis ou de um casamento e uma outra união.”¹⁵¹

Neste caso, só não pode haver a concomitância de dois casamentos, já que a lei brasileira veda a sua prática, que é inclusive tipificada criminalmente como crime de bigamia (art. 235 do Código Penal), além de se tratar de impedimento para o casamento conforme determina o art. 1.521, VI, do Código Civil/02.

Contudo, em se tratando do reconhecimento de novas entidades familiares, bem se sabe que o Direito brasileiro, ainda bastante conservador neste aspecto — veja-se, neste ponto, a lenta evolução da união estável desde que reconhecida como entidade familiar até a equiparação, ainda que forçosa, ao casamento — é de se esperar que o reconhecimento das famílias paralelas como entidade familiar e a devida proteção da lei a estas ainda demore a ocorrer.

De toda forma, o que se tem como pano de fundo deste raciocínio trazido pela Constituição Federal de 1988 e que deve, por isso, ser sempre tido como objetivo, é o respeito

¹⁵¹ HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p. 5. No mesmo artigo, os autores também ressaltam a manifestação da jurisprudência sobre o tema: O principal julgado do Supremo Tribunal Federal, de análise a respeito das famílias paralelas, sempre citado por doutrinadores em suas exposições e escritos sobre o tema, envolve a pensão previdenciária do Sr. Valdemar do Amor Divino Santos. Era ele casado com a Sra. Railda Conceição Santos, com quem teve onze filhos, mantendo um relacionamento amoroso paralelo, por trinta e sete anos, com a Sra. Joana da Paixão Luz, com quem teve nove filhos e sem ter se separado de fato de sua esposa. Após a morte do Sr. Valdemar, havendo pedido da última, o juiz de primeira instância negou a possibilidade de divisão da pensão entre a esposa e a concubina, o que foi reformado pelo Tribunal da Justiça da Bahia. Como se percebe, o caso dizia respeito a paralelismo entre um casamento e uma segunda união. A Primeira Turma do STF julgou a questão nos autos do Recurso Extraordinário n. 397.762/BA, em junho de 2008. O Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, cujo voto prevaleceu, assim decidiu: “É certo que o atual Código Civil, versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar o núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que se um deles é casado, o estado civil deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a esposa. O que se percebe é que houve envolvimento forte [...] projetado no tempo — 37 anos — dele surgindo prole numerosa — 9 filhos — mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro ter mantido casamento, com quem contraíra núpcias e tivera 11 filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tido como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe respeito às balizas legais, à obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1.727 do CC” (STF, RE 397.762-/BA, Primeira Turma, julgado em 03.06.2008).”

ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵², na medida em que, ao se ter como primordial o respeito às mais diversas formações familiares, concedendo a todas elas a qualidade de entidade familiar — e, portanto, extrapolando a velha ideia de que a família apenas se constitui através do casamento — o ordenamento está, na verdade, protegendo e garantindo o pleno exercício das liberdades individuais

Sobre este ponto, vale anotar a doutrina de Renata Multedo¹⁵³:

Após um longo período de dogmas e preconceitos, a família fundada no casamento, preservada e valorizada a qualquer custo como instituição acima dos interesses de seus integrantes, cede lugar a uma família que passa a ser vista como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus membros.

Com isso, a questão de surge, então, é a seguinte: diante de toda a evolução que o casamento, enquanto formação básica e primordial da entidade familiar, vem sofrendo nas últimas décadas, qual será o rumo que seu processo de transformação tomará nos anos a seguir?

3.4 O futuro do casamento

É praticamente impossível responder à questão acima sem certo exercício de futurologia. Porém, a aposta que se faz é no sentido de que cada vez mais haverá maior flexibilização em relação às exigências formais para o reconhecimento da entidade familiar — e, por que não, apostar-se na flexibilização das normas de registro e formalização do próprio casamento.

Em uma sociedade que cada vez mais preza pelo dinamismo e efetividade das relações particulares, parece pouco provável que a formalidade do casamento se mantenha rígida e imutável por muito tempo.

Importante indício dessa sugestão é o caminho percorrido pela união estável desde os primórdios do instituto até os dias atuais.

¹⁵² Renata Multedo assevera que “Atualmente, prevalece tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, o entendimento de que deve ser prestigiado o sentido que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, não se podendo desconsiderar arranjos familiares, ainda que não explicitados no texto constitucional, inclusive as uniões homoafetivas. Afirma a doutrina majoritária que os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição Federal são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.” (MULTEDO, 2017, p. 34).

¹⁵³ *Ibid.*, p. 35.

O que antes parecia — e era de fato julgado — como sendo uma relação clandestina e que não merecia qualquer proteção do Estado¹⁵⁴, atualmente é uma forma de entidade familiar constitucionalmente reconhecida e plenamente protegida, a ponto de, inclusive, como comentamos acima, ser comparado ao casamento em praticamente todas as suas condições.

Os números reforçam essa tese. Conforme visto acima e conforme explorado por Samir Namur, “[...] segundo o IBGE, o número de uniões não formalizadas passou de 1,5 milhões em 1991 para 9,7 milhões em 2000, passando de 18% para 28% o número de casais não casados no Brasil.”¹⁵⁵

Ou seja, se no Brasil o casamento ainda predomina, diante dos números registraís e da evolução da sociedade em si, é possível afirmar que talvez este não seja o dado concreto no futuro, tal como já se verifica da nova forma organização social em diversos países europeus:

Se o casamento continua a ser ainda um modelo social de conduta dominante nas sociedades contemporâneas, contata-se, porém, que a união livre aparece como forma alternativa de vida conjugal ou familiar, que se propagou com rapidez. Nos países da Europa Ocidental, a coabitação juvenil é o modo de vida em comum sem casamento mais difundido. Assim, a coabitação entre os jovens precede muitas vezes o casamento em proporções que não cessam de crescer. Atualmente, por exemplo, na Suécia e Dinamarca fica ao redor de 100%, na França em 50%, na Alemanha em 30% e na Inglaterra em 20%. A coabitação juvenil constitui, assim, expressiva manifestação de novas formas de união afetiva e sexual sem haver casamento. Baseia-se nas mais diversas motivações. Por vezes, a coabitação é vista pelo casal como um período de experiência, porque o objetivo latente ou explícito é o casamento. Outras vezes, é porque as pessoas recusam-se a ver no casamento o melhor modo de viver a dois, ou não colocam esta questão do casamento e vivem em conjunto simplesmente porque é o modo de vida que lhes convém.¹⁵⁶

No mesmo sentido, Rosa Nery¹⁵⁷:

Embora a moderna Teoria Geral do Direito de Família, no Brasil, se encaminhe para apontar o aumento constante das chamadas uniões de fato, no lugar do casamento oficial, como sendo uma tendência da nossa sociedade atual, dirigida de forma a evidenciar o “desejo da sociedade de uma

¹⁵⁴ Pontes de Miranda assim defendia nos idos de 1.971: “O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato.” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed., v. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 211).

¹⁵⁵ NAMUR, 2009, p. 95.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2005. p. 85-86.

¹⁵⁷ NERY, 2013, p. 193-194.

intervenção cada vez menor do Estado em seu núcleo família” (Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (orgs.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 59), a constatação desse fato revela, ao contrário, um paradoxo, que talvez não venha sendo perfeitamente considerado, na fenomenologia do Direito de Família.

Assim, tal como já vê da tendência europeia, muito provavelmente o casamento seguirá, no Brasil, sofrendo o mesmo processo de ressignificação com o passar dos próximos anos, tornando-se, futuramente, a base de formação da entidade familiar, ainda primordial, dada a inafastável relevância histórica e cultural que carrega consigo, mas de certa forma mais acessível e menos inflexível à realidade social do momento.

4. DIREITO ESTRANGEIRO

Da mesma forma como vimos o processo de evolução e ressignificação do conceito de casamento nos últimos anos no Brasil, também em outros países este mesmo movimento tem ocorrido de maneira bastante evidente no mesmo período — resultado, nos parece, da globalização e da tendência mundial de revolução das relações.

Neste capítulo, analisaremos os movimentos ocorridos em diversos outros países, tais como Portugal, país cujas normas responsáveis pela regulamentação do casamento e da união estável (que, na verdade, ainda não é legitimamente reconhecida como entidade familiar) diferenciam os institutos a todo o tempo e a eles dispõem direitos e deveres bastante distintos, e na Argentina, país que, por sua vez, dentre os membros da América Latina, possui a legislação civil mais moderna e inclusiva em termos de Direito de Família.

Voltamos inicialmente a análise para Portugal, onde, há até cerca de sessenta anos, ainda regia o Código Civil português de 1867, que apenas admitia a celebração do casamento entre pessoas de sexo distinto, perante o representante da Igreja Católica ou do oficial de registro civil e implicava, invariavelmente, na subordinação da mulher ao marido.

Àquela época, a união estável, por eles denominada de “união de facto”, não era reconhecida, mas, ao revés, era socialmente reprovada, sendo o casamento, portanto, a única forma reconhecida para se constituir legitimamente a família.¹⁵⁸

Também não era facultado, na época, o pleito de divórcio àqueles que tivessem celebrado casamento católico. Essa possibilidade era apenas concedida, dentro de certas condições, aos que tivessem celebrado casamento civil,¹⁵⁹ segundo a regulamentação que já era dispensada ao tema desde a publicação do Decreto de 3 de novembro de 1910, que também ficou conhecido no país como Lei do Divórcio.

¹⁵⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte. Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal. *In: Revista Textos de Direito da Família*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 350. Sobre a suposta igualdade conjugal, embora fosse essa expressa no texto legal da época, o autor aponta que “incumbia ao marido, especialmente, a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher e dos filhos, e à mulher, principalmente o governo doméstico e uma assistência moral tendente a fortalecer e a aperfeiçoar a unidade familiar” (artigo 39º do Decreto nº 1, de 25 dez. 1910); a mulher devia, em regra, adotar a residência do marido (artigo 40º do Decreto nº 1, de 25 dez. 1910); e a este pertencia a administração de todos os bens do casal (artigo 1189º do Código Civil de 1867).”

¹⁵⁹ O artigo XXIV da Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 7 de Maio de 1940, assim determinava: “Em harmonia com as propriedades essenciais do casamento católico, entende-se que pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não poderá ser aplicado pelos tribunais civis aos casamentos católicos”.

Atualmente, o Código Civil português vigente, datado de 1966, porém atualizado em 2010 pela Lei nº 9/2010, admite o casamento entre duas pessoas, ainda que do mesmo sexo, que pode ser celebrado de forma laica, católica ou sob a liturgia de qualquer outra religião, criando entre os cônjuges uma relação entre iguais, sem haver, assim, a diferenciação entre os cônjuges por qualquer razão.

A atual redação do artigo 1.577º do Código Civil português define o casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família, mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. Ao assim estabelecer, a lei portuguesa impõe que o casamento produz os mesmos efeitos para todos que o contraem, independentemente do sexo dos cônjuges e de qual tenha sido a modalidade e forma seguidas para a sua celebração:

Tais efeitos são idênticos para os dois cônjuges, ainda que se trate de casamento heterossexual. Neste sentido, importa invocar várias normas do Código Civil de 1966, na redacção resultante da Reforma do Código Civil, aprovada pelo Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro: o artigo 1672º, ao estabelecer que os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, cooperação e assistência; o artigo 1671º, nº 1, que, ao determinar que o casamento assenta na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, afasta uma concretização dos deveres conjugais variável em função do género; o artigo 1671º, nº 2, que confia a direcção da família a ambos os cônjuges, pondo fim ao poder marital; o artigo 1673º, que impõe a fixação da residência da família por acordo dos cônjuges; o artigo 1677º-D, prevendo que cada um dos cônjuges pode exercer qualquer profissão ou actividade sem o consentimento do outro. Por fim, o artigo 1678º, que não faz depender a administração dos bens do casal do sexo dos cônjuges: em regra, cada um deles tem a administração dos seus bens próprios e legitimidade para a administração ordinária dos bens comuns, enquanto a administração extraordinárias desta categoria de bens só pode ser praticada com o consentimento de ambos. De assinalar que, após 1977, o texto do Código não procede a uma pré-fixação de papéis dentro do lar.¹⁶⁰

O divórcio também se modernizou na lei portuguesa. Hoje em dia qualquer casamento, católico ou civil, pode ser dissolvido pelo divórcio no país, que passou a regulamentar a matéria de forma mais contemporânea através da alteração trazida pelo Decreto-Lei nº 261/75 ao antigo artigo 1.790º do Código Civil e, mais recentemente, pela Lei 61/2008¹⁶¹, que atualmente regula

¹⁶⁰ PINHEIRO, 2016, p. 355-356.

¹⁶¹ Uma das mais relevantes alterações trazidas pela Lei 61/2008, pode-se afirmar, foi o afastamento da discussão sobre a culpa pelo fim do casamento para a decretação do divórcio. Vale lembrar que, no Brasil, a mesma alteração legal ocorreu pouco tempo depois, com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2009, já tratada neste trabalho.

a matéria no país, passando, assim, a possibilitar a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio também àqueles que tivessem contraído casamento católico a qualquer tempo.

No que diz respeito à *união de facto*, figura do direito português que se assemelha à união estável brasileira, esta passou a ser legalmente reconhecida no país em 1.977, quando, ao alterar o Código Civil já vigente, excluiu da redação do artigo o termo “legitimamente” para assim classificar apenas a família constituída pelo casamento e, ainda, passou-se a permitir ao companheiro sobrevivente a cobrança de alimentos da herança do falecido (art. 2020º).

Contudo, foi apenas em 1999 que as *uniões de facto* receberam tratamento legal exclusivo e detalhado. Com a promulgação da Lei 135/99, finalmente tais uniões passaram a ser protegidas e regulamentadas no país, porém limitando o seu reconhecimento para as formações heterossexuais. Neste momento, passou-se a admitir, por exemplo, a permanência do companheiro sobrevivente no imóvel comum após o falecimento do outro, em uma espécie de direito real de habitação. Apenas em 2001 é que as *uniões de facto* homoafetivas passaram a deter, também, reconhecimento e proteção legal nos mesmos moldes das heteroafetivas.

Atualmente, da mesma forma como ocorre no Brasil, também em Portugal os companheiros se beneficiam de quase todos os mesmos direitos que cabem aos cônjuges¹⁶², porém os institutos se diferenciam em muito em relação aos deveres que impõem aos contraentes.

Diferentemente do que ocorre com o casamento, na *união de facto* portuguesa a lei não impõe ao companheiro os mesmos deveres que são impostos aos cônjuges e tampouco estabelece àqueles regras referentes ao uso do nome, capacidade, regime de bens, administração e deposição de patrimônio, comunicação de dívidas e responsabilidades em contratos. “As manifestações mais significativas de relevância da ligação entre companheiros referem-se à casa de morada de família e aos alimentos, verificando-se no momento de dissolução da união”, afirma Jorge Pinheiro¹⁶³.

Ou seja, de certa forma, pode-se dizer que as matérias relativas à regulamentação do casamento e das uniões de facto em Portugal são tratadas de forma mais organizada e com maior respeito à autonomia privada das partes do que no Brasil, como vimos acima.

¹⁶² “[...] o direito a exigir alimentos da herança do companheiro falecido; o direito à transmissão por morte do arrendamento habitacional de que era titular o companheiro falecido; o direito de habitação e o direito de preferência na venda da casa de morada de família pertencente ao companheiro falecido, bem como o direito de uso do recheio da mesma casa; o direito a indemnização por danos não patrimoniais sofridos com a morte do companheiro; e o direito de permanecer na casa de morada comum que pertencia ou estava arrendada, total ou parcialmente, ao outro companheiro, após a cessação da união de facto por vontade de um dos membros.” (PINHEIRO, 2016, p. 358).

¹⁶³ *Ibid.*, p. 362.

Ainda sobre o tema, Francisco Pereira Coelho¹⁶⁴ acrescenta:

Seja como for, a referida diferença fundamental entre o casamento e qualquer forma de união de facto — o casamento como um compromisso jurídico gerador de obrigações, a união de facto como o puro facto da convivência em condições análogas às dos cônjuges, sem o intento de estabelecer um vínculo jurídico ou sem a possibilidade de esse vínculo se estabelecer —, diferença que, como vimos, vem sendo evidenciada pela generalidade dos autores, não impede que, como é fácil perceber, esse puro facto que é a união de facto possa produzir efeitos jurídicos. Efectivamente, quando se diz que a união de facto é apenas um facto, o que se pretende dizer é que não tem a natureza de negócio jurídico. Não poderá por isso produzir efeitos negociais ou “directos” como aqueles a que, radicando directamente na vontade dos sujeitos nessa direcção, tende um comum negócio jurídico — como aqueles a que, precisamente, tenderia o casamento.

Contudo, apesar de a lei portuguesa estabelecer uma melhor separação entre os institutos do que faz o Brasil — e assim, ao diferenciá-los claramente, também protegê-los e por consequência garantir a maior autonomia das partes ao optar por um deles — há uma nítida semelhança no tema entre os dois países: assim como vimos ocorrer no Brasil, em Portugal se observa o mesmo fenómeno da preponderância do casamento às *uniões de facto* como base da formação familiar.

Assim como ocorre no Brasil, também em Portugal é possível se verificar uma ligeira queda no número de registros de casamentos se comparados os anos de 1965 e 2013, por exemplo. Contudo, ainda assim, se contrastado com as uniões de facto ou “casamentos sem registro”, o número de casamentos formais é sensivelmente maior hoje em dia.¹⁶⁵

O mesmo movimento pode ser percebido em outro país, geograficamente mais próximo do Brasil, mas que tem ganhado destaque pela forma atual que suas leis vêm sendo editadas de modo a contemplar as mais modernas tendências do Direito de Família, que é a Argentina.

De acordo com os dados do último censo nacional argentino, realizado em 2010, o número total de argentinos casados era de 10.222.566, contra 5.522.712 solteiros vivendo “como um casal” (*con pareja*), ou seja, para cada dois casais efetivamente casados, havia pelo

¹⁶⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**. 5. ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

¹⁶⁵ Segundo os dados colhidos pelos censos nacionais e disponíveis na plataforma PORDATA, O número de casamentos celebrados em 1965 era 75.483 e em 2013 foi 31.998; a taxa bruta de nupcialidade em 1965 era 8,4 por mil, enquanto em 2013 foi 3,1. Dentre os mesmos dados, é possível confrontar a diferença entre casamento e união de facto através da nomenclatura “casamento registado” e “casamento não registado” que assim lhes dispensam os censos nacionais portugueses. No censo de 2011, o número de “casados sem registo” foi 729.832, ao passo que o número de “casados com registo” foi 4.902.026 (Base de Dados PORDATA. Disponível em: <http://www.pordata.pt>. Acesso em: 21 mar. 2020.

menos um outro convivendo em união estável (união *convivencial*, como por lá se denomina) no país.¹⁶⁶ Se contrastados com os números do censo anterior, realizado em 2001, o número de uniões estáveis formalizadas apresentou aumento de cerca de 25%.

O atual Código Civil e Comercial argentino foi promulgado em 2014 após longos e intensos debates sobre o projeto desenvolvido por renomados juristas locais, como Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco e Aída Kemelmajer de Carlucci, tendo entrado em vigor no país em 1º de agosto de 2015.

O destaque que recebeu a lei civil argentina na época, especialmente no que diz respeito à regulamentação por ele trazida ao Direito de Família, deve-se ao fato de ter o legislador daquele país se atentado para as mais atuais situações que se impõem na sociedade atual. Elencados no Livro Segundo do Código Civil argentino, titulado de “Relações de Família”, os artigos dispostos dali em diante estabelecem as regras a respeito do casamento, deveres conjugais, divórcio, alimentos compensatórios, regime de bens e união estável, entre outras tantas mais.

Voltando à análise ao que se propõe neste trabalho e em comparação ao que diz a lei brasileira, na lei argentina o artigo 401 do atual Código Civil e Comercial estabelece que o casamento se rege pelos princípios da igualdade e da liberdade.¹⁶⁷ Também encontram-se bem consolidadas no país as regras atinentes à possibilidade de extinção do vínculo matrimonial através do divórcio e também já não se admite a aferição de culpa pelo fim da união.

No que diz respeito às uniões estáveis (ou uniões conjugais), também o movimento da lei argentina é semelhante àqueles que já vimos ter ocorrido no Brasil e em Portugal. Naquele país, as uniões não formais também ganharam maior reconhecimento a partir da atual edição do Código Civil e Comercial, que a define, em tradução livre, como “a união baseada em relações afetivas de caráter singular, pública, notória, estável e permanente de duas pessoas que

¹⁶⁶ Fonte: INDEC. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. Disponível em <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-CensoNacional-3-5-Censo-2010>. Acesso em: 7 mai. 2020.

¹⁶⁷ Buscando conceituar o casamento perante o direito argentino, Gustavo Bossert assim comenta: “*Si quisiéramos, pues, sintetizar ambas nociones, diríamos que el matrimonio como acto jurídico se desenvuelve en la teoría del acto jurídico familiar con sus caracteres específicos y también con las connotaciones que la teoría general del acto jurídico aporta para su consideración. Por otra parte, la relación jurídica matrimonial trasciende en el estado de familia que el matrimonio establece entre los cónyuges y que les permite oponer no sólo entre sí, sino también respecto de terceros, a los efectos de ser reconocida la unión en cuanto engendra las prerrogativas y potestades que establece la ley en cada caso.*” (BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de familia**. 6. ed., Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 74).

compartilham um projeto de vida comum, sejam do mesmo sexo ou de diferente sexo”¹⁶⁸, sendo este um importante ponto de comparação a ser feita.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, ao reformar a sua lei civil a Argentina tratou de incluir a menção expressa na lei pela admissão das uniões estáveis homoafetivas, garantindo, assim, inegável segurança jurídica aos casais de mesmo sexo que a este título pretendem se unir — diferentemente do que ocorre no Brasil, onde, como vimos acima, a recomendação administrativa do Conselho Nacional de Justiça pela garantia de registro das uniões estáveis homoafetivas, ainda não há lei que as garanta expressamente.

Há, porém, requisitos também estabelecidos pelo atual Código Civil argentino para que se possa reconhecer a união estável, tais com: a) a maioria de ambos os conviventes; b) que não exista entre eles vínculo de parentesco em linha reta em todos os graus, nem colateral até o segundo grau; c) não estejam unidos por vínculos de parentesco por afinidade em linha reta; d) não possuam impedimento e não exista outra convivência registrada de modo simultâneo; e) o período da convivência deve ser não inferior a 2 anos.

Sobre as uniões estáveis, Aída Kemelmajer Carlucci¹⁶⁹ aponta:

Las voces discrepantes no faltan. Para unos la protección es notoriamente insuficiente, dado el alto margen de uniones convivenciales que tienen fuente en la vulnerabilidad de uno de los integrantes, en especial, la mujer para otros la regulación es excesiva, en tanto acerca en demasía la unión convivencial a la matrimonial, suprimiendo, prácticamente la autonomía de la voluntad. La reforma implica una solución transaccional, fundada en el valor solidaridad, para poder cubrir las modalidades existentes en la sociedad argentina. Las críticas formuladas a la transacción legislativa, denominada espíritu de moderación por los franceses y la law of compromise por los anglosajones, son conocidas; se afirma que dos semijusticias no hacen una justicia. Sin embargo como dice Carbonnier, soluciones semisatisfactorias pueden hacer la vida común tolerable y representar un paso importante en la evolución del derecho hacia soluciones más justas. Por lo demás, nadie puede negar el avance que supone pasar de un régimen que nada protege, a otro que abre el camino de la protección, puede ocurrir que el tiempo muestre que sea necesaria mayor protección a la prevista, o por el contrario, que se acredite que debe dar más juego aún a la autonomía.

¹⁶⁸ Na redação original: “*Artículo 509. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.*”

¹⁶⁹ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BORETTO, Mauricio. **Tratado de derecho de familia** - Tomo I (Arts. 401 a 508). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2019.

Neste ponto, nota-se uma semelhança entre a lei argentina e a brasileira: em ambas ainda persiste o não reconhecimento das famílias paralelas, ou famílias simultâneas, o que fica reforçado pela redação dos artigos 511 e 512 do Código Civil vigente.

Também podem os conviventes estabelecer as regras de sua união através da celebração de pacto de convivência, desde que estas não violem o princípio da igualdade entre os companheiros nem afetem direitos fundamentais de nenhum dos envolvidos. Vemos neste ponto, portanto, o pleno exercício da autonomia privada do cidadão argentino que não pretende se casar, mas sim conviver em união estável.

Por fim, a tendência por uma maior presença dos acordos particulares de vontade no Direito de Família também parece ser a tônica no Direito argentino. Aída Carlucci comenta sobre o tema, apontando para a possibilidade de serem as relações familiares autorreguladas pelos entes que delas participam, no que chama de “*contractualización de la familia*”.¹⁷⁰

Ou seja, também naquele país o que parece ser a tendência para os próximos anos é a maior flexibilização das normas que regem as relações conjugais, muito embora o casamento também deva seguir ocupando posição preferencial como base da formação familiar.

Além destes dois países, é importante também traçarmos breves considerações a respeito do regramento dispensado ao casamento e à união estável em países regulados pelo direito dos costumes, a *common law*.

Dentre eles, vê-se que na Inglaterra, por exemplo, a matéria do casamento foi fortemente marcada pelo informalismo até o ano de 1.753, quando, naquele ano, a lei conhecida como “Lei do Casamento”, editada por Lord Hardwicke, passou a exigir a presença de um ministro da igreja anglicana nas celebrações matrimoniais para que então lhes pudessem ser conferida validade. “Isso implicava na nulidade de casamentos de católicos da igreja romana, que optavam pela sua própria cerimônia. Ficavam liberados desta exigência, os membros da família real e os judeus.”¹⁷¹

A exclusão de validade do casamento não celebrado sob a liturgia anglicana na Inglaterra perdurou até 1.836, quando a Lei de Lord John Russel, vigente até os dias atuais, alterou o sistema para reconhecer também as uniões celebradas em outras religiões.

¹⁷⁰ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BORETTO, Mauricio. **La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino**. Sistema Argentino de Información Jurídica. 2014. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-autonomia-voluntad-derecho-familia-argentino-dacfl40453-2014-07/123456789-0abc-defg3540-41fcanirtcod>. Acesso em: 21 mar. 2020.

¹⁷¹ NICOLAU, Gustavo Rene. Breve análise da união estável no direito comparado. **Revista Intertemas**, v. 10, p. 162-176, nov. 2010.

Paralelamente, o casamento de fato, ou o *common law marriage*, já dispensava qualquer licença ou cerimônia específica para a sua realização e era protegido pela simples aparência de casamento da qual desfrutava. Esse mesmo modelo foi difundido pelos Estados Unidos da América, sendo mantido como válido por diversos estados daquela federação até hoje.¹⁷²

O que também se verifica em comum nestes países é a forte tendência à preferência pela adoção do regime da separação de bens. Citando Mary Ann Glendon, a autora Débora Vanessa Caús Brandão reporta que “nem na Inglaterra nem nos Estados Unidos há regulamentação estatal sobre regime de bens”:

The common law, however, has no special term for its rules governing the property relationships of husband and wife. Na English or American lawyer contemplating the system simply observes that in a marriage, a husband owns and controls his property, and a wife owns and controls hers, and that the fact that they are married to each other has certain effects in the event of death, divorce, or insolvency, and also affects their tax situation.¹⁷³

¹⁷² Destacam-se os estados do Alabama, Colorado, Georgia, Idaho, Iowa, Kansas, Montana, Ohio, Oklahoma, Pensilvânia, Rhode Island, Carolina do Sul e Texas.

¹⁷³ “*The transformation of family law*, p. 124. Traduzindo: “A ‘*common law*’, contudo, não possui uma expressão especial para designar estas regras que governam as relações patrimoniais entre marido e mulher. Um advogado inglês ou americano, contemplando o sistema, simplesmente observa que, no casamento, o marido é proprietário e controla seu patrimônio e a mulher é proprietária e controla o seu, e que o fato de serem casados produz certos efeitos no evento da morte, divórcio, insolvência, e também afeta a situação tributária deles.” (BRANDÃO, 2007, p. 174-175).

5. JURISPRUDÊNCIA

É notório que, a despeito da posição crítica adotada neste trabalho em relação à equiparação da união estável ao casamento, a jurisprudência das Cortes superiores do país tem, há tempos, se posicionado a favor de tal equiparação, adotando, na vasta maioria das vezes, como fundamento das decisões os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre as entidades familiares, ambos constitucionalmente garantidos.

A seguir, veremos alguns exemplos de casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) que trataram do tema e quais foram as conclusões adotadas pelos respectivos julgadores para a solução das demandas. Trataremos as decisões analisadas como **decisões paradigmas**.

a) RECURSO ESPECIAL Nº 789.293 RJ — Famílias paralelas e casamento putativo:

União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96.

1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo.

2. Recurso especial conhecido e provido.

[...]

Casamento putativo, como sabido, é aquele que, em atenção à boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, o matrimônio é nulo ou anulável, mas produz efeitos em relação aos cônjuges e aos filhos. No caso do casamento, o que dá tônus ao reconhecimento dos efeitos é a existência de ato formal, dispensando, portanto, a prova da convivência marital. O só fato de existir a prova do casamento formal, realizado perante a autoridade competente, serve para justificar o dispositivo da lei civil que relevou a boa-fé e deferiu efeitos. Diversamente, na 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. É claro que não se está a exigir até mesmo a convivência sob o mesmo teto (REsp nº 474.962/SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 1º/3/04) mas, sim, a evidência de que existe estabilidade da comunhão de vida. Os passos agigantados em matéria de direito de família levaram a jurisprudência a enfrentar situações de fato, como, por exemplo, a de admitir a existência de união estável ainda que uma das partes permanecesse com o vínculo formal do casamento, desde que comprovada a separação de fato (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 598.588/RJ, da minha relatoria, DJ de 3/10/05). Essa construção foi feita exatamente para evitar que se acolha uma multiplicidade de relacionamentos amorosos no padrão exigido para a configuração de união estável. 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 a companheira e a outra o

relacionamento não estável, embora longo no tempo, ou nenhuma das duas é companheira e não reúnem condições apropriadas para reconhecer a união estável. Não foi por outra razão que o novo Código Civil cuidou de conceituar a união estável na mesma linha da Lei nº 9.278/96, ou seja, reconhecer 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" (art. 1.723). Ora, com o maior respeito à interpretação acolhida no acórdão, não enxergo 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. No caso dos autos, o acórdão afirma que o autor da herança mantinha esse relacionamento estável e duradouro com as duas mulheres, reconhecendo embora que com a recorrente o relacionamento era anterior e dela não se desvinculara ao manter o relacionamento com a recorrida. Essa circunstância, na minha compreensão, tira qualquer possibilidade do emprego analógico da regra do casamento putativo, porque, enquanto neste existe o vínculo formal duplo, o que é possível, naquele só existe a convivência com aquela vocação de constituir família, havendo, portanto, um vínculo não formal. Ora, se o falecido José Neres de Souza não se desvinculou da convivência mantida com a recorrente, a união estável estava caracterizada aqui, sendo apelada, então, um relacionamento amoroso que se não pode identificar com união estável, muito menos equipará-lo com o casamento putativo. Para que houvesse a configuração da união estável com a recorrida, que é posterior à recorrente no amor do autor da herança, seria necessário que dessa última estivesse desvinculado, o que não ocorre neste feito. No caso, não tenho como possível a aplicação analógica do art. 221 do Código Civil anterior, negando-se vigência nessa decisão ao que disciplina o art. 10 da Lei nº 9.728/96. (REsp 789.293/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 271).

Como pode-se ver da decisão transcrita, datada de 2006, o STJ classificou à época com sendo "absurda" a possibilidade de se reconhecer a existência concomitante de famílias paralelas, posição esta adotada pela Corte até os dias atuais, não obstante conste da Edição n. 50 da ferramenta Jurisprudência em Teses do STJ, publicada em dezembro de 2015 e que procura expor os principais entendimentos da Corte, a afirmação n. 5, que traz, *in verbis*: "a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados".

O acórdão, proferido em data posterior ao acima transcrito, que se fixou como precedente da Corte e que serve como referência nas decisões dali em diante proferidas neste sentido, é o colacionado abaixo:

Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. - Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. - A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. - A despeito do reconhecimento — na dicção do acórdão recorrido — da “união estável” entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado — entre os ex-cônjuges — a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente — art. 1.724 do CC/02 —, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. - O dever de lealdade “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural” (Velooso, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em: abril de 2010). - Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade — que integra o conceito de lealdade — para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. - As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. - Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. - Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido. (REsp 1.157.273/RN, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 07.06.2010).

b) RECURSO ESPECIAL Nº 1.337.420 — RS — Equiparação dos regimes jurídicos do casamento e da união estável:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ADOÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. SUCESSÃO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES. ARTS. 1790, CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EQUIPARAÇÃO. CF/1988. NOVA FASE DO DIREITO DE FAMÍLIA. VARIEDADE DE TIPOS INTERPESSOAIS DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. ART. 1829, CC/2002. INCIDÊNCIA AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO.

1. A diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável, promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na dimensão do valor intrínseco, quanto na dimensão da autonomia. Ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, CC/2002, produz-se lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. Decisão proferida pelo Plenário do STF, em julgamento havido em 10/5/2017, nos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS.

2. Na hipótese dos autos, o art. 1790, III, do CC/2002 foi invocado para fundamentar o direito de sucessão afirmado pelos recorridos (irmãos e sobrinhos do falecido) e conseqüente legitimidade ativa em ação de anulação de adoção. É que, declarada a nulidade da adoção, não subsistiria a descendência, pois a filha adotiva perderia esse título, deixando de ser herdeira, e, diante da inexistência de ascendentes, os irmãos e sobrinhos seriam chamados a suceder, em posição anterior à companheira sobrevivente.

3. A partir da metade da década de 80, o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente, que impôs a realidade à ficção jurídica, fazendo-se necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento, civil ou religioso, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

4. Com a Constituição Federal de 1988, uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, surgiu, baseada num explícito poliformismo familiar, cujos arranjos multifacetados foram reconhecidos como aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado família, dignos da especial proteção do Estado, antes conferida unicamente àquela edificada a partir do casamento.

5. Na medida em que a própria Carta Magna abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição da família, emerge, como corolário, que, se os laços que unem seus membros são oficiais ou afetivos, torna-se secundário o interesse na forma pela qual essas famílias são constituídas.

6. Nessa linha, considerando que não há espaço legítimo para o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002.

Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002 (RE 878.694/MG, relator Ministro Luis Roberto Barroso).

7. A partir do reconhecimento de inconstitucionalidade, as regras a serem observadas, postas pelo Supremo Tribunal Federal, são as seguintes: a) em primeiro lugar, ressalte-se que, para que o estatuto sucessório do casamento valha para a união estável, impõe-se o respeito à regra de transição prevista no art. 2.041 do CC/2002, valendo o regramento desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003; b) tendo sido aberta a sucessão a partir de 11 de janeiro de 2003, aplicar-se-ão as normas do 1.829 do CC/2002 para os casos de união estável, mas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública, na data de publicação do julgamento do RE n. 878.694/MG; c) aos processos judiciais com sentença transitada em julgado, assim como às partilhas extrajudiciais em que tenha sido lavrada escritura pública, na data daquela publicação, valerão as regras dispostas no art. 1.790 do CC/2002.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1337420/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 21/09/2017)

O acórdão acima, escolhido dentre diversos outros proferidos no mesmo sentido, mostra a posição já consolidada pela jurisprudência do STJ no sentido de reconhecer a equiparação da união estável ao casamento — e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 — e assim vedar a aplicação de tratamento jurídico distinto a cada uma delas.

No mesmo sentido, agora tratando da extensão do direito real de habitação, estabelecido no artigo 1.611, §2º do Código Civil de 2002, também para os companheiros sobreviventes, encontramos o acórdão abaixo transcrito:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.611, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. EXTINÇÃO.

CONSTITUIÇÃO DE NOVA ENTIDADE FAMILIAR. UNIÃO ESTÁVEL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O recurso especial debate a possibilidade de equiparação da união estável ao casamento, para fins de extinção do direito real de habitação assegurado ao cônjuge supérstite. 2. Em sucessões abertas na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação enquanto permanecer viúvo.

3. A atribuição do direito real de habitação consiste em garantia do direito de moradia por meio da limitação do direito de propriedade de terceiros, uma vez que herdeiros e legatários adquirem o patrimônio do acervo hereditário desde a abertura da sucessão, por força do princípio da saisine.

4. Conquanto o marco para extinção fizesse referência ao estado civil, o qual somente se alteraria pela contração de novas núpcias, não se pode perder de vista que apenas o casamento era instituição admitida para a constituição de novas famílias.

5. Após a introdução da união estável no sistema jurídico nacional, especialmente com o reconhecimento da família informal pelo constituinte originário, o direito e a jurisprudência paulatinamente asseguram a

equiparação dos institutos quanto aos efeitos jurídicos, especialmente no âmbito sucessório, o que deve ser observado também para os fins de extinção do direito real de habitação.

6. Tendo em vista a novidade do debate nesta Corte Superior, bem como a existência de um provimento jurisdicional que favorecia o recorrido e o induzia a acreditar na legitimidade do direito real de habitação exercido até o presente julgamento, deve o aluguel ser fixado com efeitos prospectivos em relação à apreciação deste recurso especial.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1617636/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 03/09/2019)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A organização da humanidade em grupos, pode-se afirmar, foi decisiva para os rumos da História. Foi organizando-se em agrupamentos, aos quais, anos mais tarde, daríamos o nome de família, que o homem pôde melhor garantir a sua sobrevivência e, assim, proteger o grupo ao qual pertencia na luta por seu desenvolvimento.

E, se no início, a formação destes grupos familiares se dava pelo reconhecimento de costumes em comum, a união entre homens e mulheres de grupos distintos através do casamento também foi decisiva para uma maior e melhor circulação de bens, conhecimento e cultura para a humanidade. Pode-se dizer, então, que o casamento monogâmico desempenhou papel fundamental para a construção da sociedade como conhecemos hoje.

Desde os primórdios, o casamento é tido na sociedade como um ritual de passagem. A passagem da mulher e seu patrimônio para o domínio no homem, a constituição de uma nova família, o início de uma nova fase. Seria natural, portanto, esperar que no decorrer de tantos anos o casamento passasse também por uma espécie de ritual, mas dessa vez de atualização — ou, como propomos neste trabalho, de ressignificação.

Gramaticalmente, ressignificar é verbo transitivo direto que traduz o ato de atribuir um novo significado a algo, dar um sentido diferente a determinada coisa. Neste trabalho propomos, então, que no decorrer dos últimos séculos o casamento passou por um processo de ressignificação, ou seja, manteve-se existente, válido e muitíssimo presente na vida em sociedade, porém passando a ser atualmente entendido e conceituado sob uma nova visão, uma nova roupagem.

Inicialmente carregado de dogmas religiosos e de uma enorme carga patriarcal que marcava as sociedades mais antigas, o casamento foi tendo a sua conceituação atualizada com o passar dos anos não apenas para se adequar às legislações que foram sendo editadas em paralelo, mas, principalmente, para que estas atendessem às necessidades e filosofia de vida da sociedade que também foi se modernizando durante este mesmo tempo.

Assim, pode-se dizer que o processo de ressignificação do conceito do casamento reflete, também, o processo de ressignificação da forma como a sociedade o encara — e, por consequência, na forma como encara a si mesma.

Afinal, muito embora se possa perceber claramente uma tendência, presente desde o direito romano, pela constante simplificação na forma de celebração e nas regras que se impõem para e com o casamento, apontando, assim, para um futuro no qual o instituto deve de fato ser tido como um instrumento jurídico com regulamento mais flexível do que o atual, não se pode

perder de vista que, mesmo diante das inovações legislativas no que diz respeito ao reconhecimento de outras formas de se constituir família, o casamento segue, firme, mostrando-se como a forma primordial e preferencial de se iniciar um novo grupo familiar.

Neste trabalho, vimos que as alterações legislativas ocorridas no Brasil especialmente no decorrer do século XX e início do XXI foram decisivas e imprescindíveis para que o casamento pudesse alcançar o objetivo que a Constituição Federal de 1988 lhe atribui: o de servir como base da família, respeitando os princípios da igualdade entre os cônjuges e liberdade destes.

Contudo, também foi possível notar, com base na análise de dados oficiais que refletem os registros dos casamentos celebrados no Brasil na última década, que apesar do processo constante de evolução e ressignificação de sua vivência, o casamento ainda ocupa, firme, a posição de primordial base da entidade familiar. Vale dizer, mesmo depois de tantos elementos que o transformaram e atribuíram novos significados à sua essência, o casamento ainda é visto pelos brasileiros como a principal forma de constituir família.

Essa posição primordial é mantida mesmo após o reconhecimento da união estável como entidade familiar. Muito embora se trate de instituto jurídico menos formal e rígido do que o casamento no que diz respeito à sua consolidação e reconhecimento na prática, eis que se trata de estado de fato, a convivência do casal em união estável reflete, em seu íntimo, a convivência “como se casados fossem”.

Tanto é assim que, também como observamos neste trabalho através da construção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, os institutos da união estável e casamento são atualmente equiparados em quase todos os seus efeitos (o que, ao nosso ver, fere o sagrado princípio da autonomia privada, imprescindível nas relações entre particulares).

Também com a análise da evolução do casamento no direito estrangeiro, notamos que em países da Europa e da América Latina o processo de ressignificação do casamento se deu de forma parecida.

Da mesma forma, confirmam-se, também naqueles países, as teses de que embora existam outras formas igualmente reconhecidas em lei para a formação da família, o casamento segue ocupando posição preponderante em relação a elas. Também da análise daquelas legislações, pode-se perceber que as recentes normas editadas sobre o tema apontam para um futuro com regras mais flexíveis e menos impositivas em relação ao casamento em si.

Com isso, podemos concluir que o casamento atravessou um intenso e importante processo de evolução, revisão e ressignificação de seu conceito, essência, forma, efeitos e

natureza nos últimos séculos, mas, ainda assim, segue figurando como a base primordial de constituição da entidade familiar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; ALMEIDA, José Pedro Makowski de Oliveira Gavião de. A concorrência entre cônjuge e companheiro na sucessão legítima. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de família e das sucessões**: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito da família e das sucessões**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**. v. 19. São Paulo: Saraiva, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: Direito de família. São Paulo: Atlas, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil**: familia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, v. 1.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de familia**. 6. ed., Buenos Aires: Astrea, 2015.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2020.

CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões**: entidades familiares. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BORETTO, Mauricio. **Manual de Derecho Privado**. Tomo IV. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2019.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BORETTO, Mauricio. **Tratado de derecho de familia** - Tomo I (Arts. 401 a 508). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2019.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BORETTO, Mauricio. La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. **Sistema Argentino de Información Jurídica**. 2014. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-autonomia-voluntad-derecho-familia-argent> 21ino-dacf140453-2014-07/123456789-0abc-defg3540-41fcanirtcod. Acesso em: 21 mar. 2020.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BORETTO, Mauricio. Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el código civil y comercial argentino. **Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana**, núm. 3 bis, nov. 2015, p. 193 – 213.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 7. ed., São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **A família na constituição brasileira**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**. 5. ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

COELHO, Francisco Pereira. Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações. *In*: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Textos de Direito da Família**: para Francisco Pereira Coelho. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

COMEL, Wilson J.; COMEL, Denise Damo. União estável e casamento. *In*: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Coord.). **Família e Sucessões**: entidades familiares. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CORTE REAL, Carlos Pamplona. Relance Crítico sobre o Direito de Família português. *In*: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções Fundamentais de Direito Civil**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DELAZARI, Mariana Souza. Das noções gerais dos regimes matrimoniais de bens. **REGRAD - Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM - ISSN 1984-7866**, [S.l.], v. 3, n. 1, dec. 2010. ISSN 1984-7866. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/247>. Acesso em: 21 mar. 2020.

DIAS, Maria Berenice. EC 66/10 - e agora?. **Jusbrasil**. Disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>. Acesso em: 17 set. 2019

DIAS, Maria Berenice. **A Mulher no Código Civil**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 235-251.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25. ed., v. 6, São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 32. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 31. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONINI, Antonio Carlos. **Meu bem meus bens**. 1. ed. São Paulo: Editora Klarear, 2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de família. 17. ed., v. 6. Rio de Janeiro: Saraiva, 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas. Visão atualizada. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 13, n. 2, jul.-dez. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Les structures élémentaires de la parenté**. Paris: Mouton, 1967.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial: arts. 1.591 a 1.693**, v. 16. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6929/as-vicissitudes-da-igualdade-e-dos-deveres-conjugais-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 21 mar. 2020.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 10. ed., São Paulo: Forense, 2020.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed., v. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**: direito matrimonial. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito de família. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. 7. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de direito civil**: família. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NICOLAU, Gustavo Rene. Breve análise da união estável no direito comparado. **Revista Intertemas**, v. 10, p. 162-176, nov. 2010.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 16. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal. *In: Revista Textos de Direito da Família*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil anotado**. 2. ed. rev. Atual, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

PROENÇA, José João Gonçalves de. **Direito da família**. Lisboa: SPB, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**. 28. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva, 2006.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALVAT, Raymundo M. **Tratado de derecho civil argentino**, v. 11.

SARTI, Cynthia Andersen. Contribuições da antropologia para o estudo da família. **Psicol. USP**, São Paulo, 1992, v. 3, n.1-2, p. 69-76. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100007. Acesso em: 21 mar. 2020.

SILVA, Paulo Lins e. **O casamento**: antes, durante, depois. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

SIMÃO, José Fernando. Casamento avuncular homoafetivo? Casamentos entre tios e sobrinhos. **Jornal Carta Forense**, 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/casamento-avuncular-homoafetivo--casamentos-entre-tios-e-sobrinhos/12387>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SOUSA, Miguel Teixeira. Do Direito da Família aos Direitos Familiares. *In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. Disponível em: <http://www.femperj.org.br>. Acesso em: 25 mar. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. O novo código civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 7, 2001.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. *In*: DIAS, Maria Berenice; VELOSO, Zeno *apud* PONZONI, Laura de Toledo. **Famílias simultâneas**: união estável e concubinato. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em: 5 abr. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento**: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015.