



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANIDADES E LETRAS

Márcia de Moura e Sousa Pinheiro

**DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA RELAÇÃO CONJUGAL:
CONSIDERAÇÕES À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Três Rios, RJ
2015

MÁRCIA DE MOURA E SOUSA PINHEIRO

**DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA RELAÇÃO CONJUGAL:
CONSIDERAÇÕES À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**



Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Orientadora: Prof^a. Dra. Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Três Rios, RJ
Novembro de 2015

MÁRCIA DE MOURA E SOUSA PINHEIRO

**DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA RELAÇÃO CONJUGAL:
CONSIDERAÇÕES À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora:

Professora Doutora Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza
(Orientadora)
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professora Doutora Ludmilla Elyseu Rocha
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professor Doutor Rulian Emmerick
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

A Deus, pelo dom da vida, pela força e

coragem durante os momentos mais difíceis desta caminhada.

A minha mãe, pelo apoio incondicional, por suprir minhas ausências e estar sempre disposta a ajudar, com tanto amor e carinho. À memória de meu pai e de meu irmão que, apesar da ausência física, estarão sempre presentes no meu coração.

A Washington, companheiro de todas as horas, grande incentivador, pela paciência, compreensão e, sobretudo, pelo amor, combustível para minha caminhada. Aos meus filhos, Caio e Carolina, razão da minha vida, motivo de orgulho a cada dia.

Aos mestres, que me conduziram nesta jornada e abriram as portas deste fascinante mundo do Direito. Em especial, à minha orientadora, Vanessa, exemplo de profissionalismo e competência.

*Em certos momentos, os homens são
donos dos seus próprios destinos.*

William Shakespeare

RESUMO

PINHEIRO, Márcia de Moura e Sousa. **Da intervenção do Estado na relação conjugal: considerações à luz do Código Civil de 2002**. 2015. 92 p. Monografia de conclusão de curso (graduação em Direito). Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a intervenção do Estado no direito de família, especificamente no casamento e na união estável, ao estabelecer deveres aos cônjuges e companheiros e impor o regime obrigatório de bens. Para isso, buscou-se uma análise contextualizada da formação da família a partir do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito. O estudo foi desenvolvido tendo como ponto de referência o Código Civil de 2002, analisado à luz da Constituição Federal, avaliando-se a jurisprudência sobre o tema. Procurou-se fazer uma comparação entre os institutos do casamento e da união estável no tocante ao regime de bens, impedimentos e filiação. Debateram-se os deveres dos cônjuges e companheiros, sob a ótica da intervenção estatal mínima e da autonomia privada, discutindo-se a incidência do dano moral na quebra destes deveres. Assim, verificou-se o tratamento diferenciado proporcionado ao casamento, em detrimento da união estável, apesar de não haver hierarquia entre ambos, e a afronta ao princípio da dignidade humana quando da imposição do regime obrigatório de bens. Resquícios patrimonialistas e patriarcalistas das legislações anteriores preservados pelo Código Civil.

Palavras-chave: Intervenção. Estado. Casamento. União Estável.

ABSTRACT

PINHEIRO, Márcia de Moura e Sousa. **The State intervention in the marital relationship: considerations in light of the Civil Code of 2002.** 2015. 92 p. Course conclusion monograph (Law Degree). Three Rivers Institute, Federal Rural University of Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

This study aims to analyze the state intervention in family law, specifically in marriage and stable, while establishing duties to spouses and companions and impose statutory assets. For this, we sought a contextualized analysis of family formation from the liberal state to the democratic rule of law. The study was developed taking as a reference the Civil Code of 2002, seen in the light of the Constitution, evaluating the jurisprudence on the subject. He tried to make a comparison between the institutes of marriage and stable union concerning the system of goods, impediments and membership. Some discussion on the duties of spouses and partners, from the perspective of minimal state intervention and private autonomy, discussing the incidence of moral damages in breach of these duties. Thus, it was the different treatment afforded to marriage, to the detriment of stable, although there is no hierarchy between them, and the affront to the principle of human dignity when from forced property regime. Patrimonial and patriarchal remnants of previous legislation preserved by the Civil Code.

Keywords: Intervention. State. Marriage. Common-law marriage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	
A POLÍTICA ESTATAL E A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA: ANÁLISE ENTRE O ESTADO LIBERAL E O DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.1 Contextualização histórica da formação da família.....	15
1.2 O Estado Liberal e a família no Código Civil de 1916.....	20
1.3 As transformações impostas pelo Estado Social de Direito	24
1.4 A família pós Constituição Federal de 1988	27
CAPÍTULO 2	
CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: DELINEAMENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	33
2.1 Casamento e união estável: legislação aplicada.....	34
2.1.1 Dos impedimentos	39
2.1.2 Do regime de bens	45
2.1.3 Da filiação	51
CAPÍTULO 3	
A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE SOBRE OS DEVERES DOS CÔNJUGES E COMPANHEIROS E SOBRE O REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS	58
3.1 Deveres do casamento	60
3.1.1 Fidelidade.....	62
3.1.2 Vida em comum no domicílio conjugal	65
3.1.3 Mútua assistência, consideração e respeito	69
3.1.4 Sustento, guarda e educação dos filhos	72
3.2 Deveres da união estável.....	73
3.2.1 Lealdade.....	75
3.2.2 Respeito e assistência	76
3.2.3 Guarda, sustento e educação dos filhos	77
3.3 A incidência de dano moral na quebra dos deveres do casamento e da união estável	78
3.4 O regime obrigatório de bens.....	81
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade só se torna possível devido à existência de regras de convivência. Cabe ao Estado dirimir os conflitos em busca da paz social, exercendo, assim, sua função pacificadora. No entanto, no que diz respeito ao Direito de Família, surgem considerações quanto os limites da intervenção estatal.

Diante das transformações ocorridas na sociedade e das mudanças sofridas pelo direito frente à visão mais recente do ser humano como centro das problematizações, a interferência do Estado nas relações conjugais passou a ser discutida e criticada. Há, na verdade, uma dicotomia quanto à atuação estatal mais ativa e a preservação de esferas de interesse nitidamente privados. Encontrar o ponto de equilíbrio, ou seja, delinear os limites da interferência do Estado nas relações conjugais é que justifica o presente trabalho.

É importante discutir até que ponto há necessidade do Estado intervir, ditando regras para o casamento e para a união estável, impondo regime obrigatório de bens e enumerando deveres para os cônjuges. Os valores que sustentam a formação das famílias, diferentemente de outros tempos, não são apenas patrimoniais, mas também existenciais. Assim, é preciso que sejam considerados aspectos pertinentes ao desenvolvimento e proteção da dignidade humana, da liberdade e da solidariedade no interior dos núcleos familiares. Ao constituir família, são estabelecidas relações jurídicas travadas por adultos, que agem conforme sua liberdade afetiva privada.

No presente trabalho, a fim de contextualizar e desenvolver o tema, no primeiro capítulo, optou-se por uma análise histórica da formação da família, traçando-se a evolução do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito.

O estudo foi desenvolvido a partir da análise de dispositivos do Código Civil de 2002, à luz da Constituição Federal. Buscou-se uma interpretação comparativa com o Código Civil de 1916, no sentido de se debaterem as evoluções sofridas pela lei civil e até mesmo de se verificar o porquê da manutenção de determinados artigos.

No segundo capítulo, foi realizado estudo comparativo entre o casamento e a união estável, a partir dos dispositivos do Código Civil. Optou-se pela análise de ambos os institutos no que diz respeito aos impedimentos, ao regime de bens e à

filiação. Partiu-se de uma análise crítica sobre a estruturação do próprio Código, que, por razões históricas e culturais, normatiza, em seus pormenores e de forma privilegiada, o matrimônio em detrimento da união informal.

A discussão persiste, no terceiro capítulo, com o detalhamento dos deveres dos cônjuges e dos companheiros. A partir de uma análise pontuada dos artigos do Código Civil, tendo como premissa os fundamentos constitucionais, buscou-se avaliar a intervenção estatal no núcleo familiar. Concomitantemente, lançou-se mão da jurisprudência, a fim de se demonstrar como o assunto vem sendo interpretado pelos tribunais. A partir desta perspectiva, avaliou-se a incidência do dano moral na quebra dos deveres do casamento e da união estável, em virtude da extensão do conceito de responsabilidade civil aos direitos da personalidade, aliado à situação de humilhação e vexame vivenciadas por um dos parceiros.

Por fim, foi analisada a imposição do regime obrigatório de bens. Buscou-se avaliar as origens desta extrema intervenção do Estado na esfera privado dos noivos, com ênfase para a restrição do regime obrigatório em função da idade, ou seja, para maiores de 70 (setenta) anos.

CAPÍTULO 1

A POLÍTICA ESTATAL E A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA: ANÁLISE ENTRE O ESTADO LIBERAL E O DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Na história da humanidade, a família esteve sempre presente, visto ser o homem um ser social e apto ao desenvolvimento de vínculos afetivos. Seja pelo instinto de perpetuação ou mesmo por medo de ficar só, o homem buscou relacionar-se, fazendo naturalmente parte de um grupo, sendo a organização familiar preexistente ao próprio Estado.¹ Diversas transformações no seio da sociedade influenciam na configuração das famílias e, com o passar do tempo, fizeram surgir arranjos familiares diversos daqueles inicialmente constituídos.

De acordo com a evolução histórica, a família assumiu inúmeras feições a partir de influências econômicas, políticas, sociais e culturais. Apesar de ser uma instituição formada de maneira espontânea no meio social, sua estruturação se dá através do direito, sendo por este regulada. A lei sucede ao fato e, por isso, a realidade acaba por influir *a posteriori* na formatação das normas, propiciando divergências entre a família juridicamente regulada e as famílias naturais.

A atuação estatal se dá no sentido de controlar as relações familiares. Especificamente no direito brasileiro, a partir da colonização e do desenvolvimento da vida em sociedade, aplicaram-se, inicialmente, as Ordenações de Portugal até a elaboração de um código próprio do país. É interessante ressaltar que as ordenações continham cinco livros, sendo um deles, o quarto, destinado ao assunto *connubia – sobre o casamento*.²

Desde o Brasil colônia, percebe-se a efetiva interferência do Estado no direito de família.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

² DIDONE, André Rubens. **A influência das ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas na formação do direito brasileiro do primeiro império**. 2000-2009. Disponível em: <http://repositorio.uscs.edu.br>. Acesso em: 23 set. 2015.

O Código Civil só veio a ser sancionado em 1916, depois de inúmeros projetos e muita discussão, decorrente do instinto nacionalista, pós proclamação da República, que exigia uma legislação integralmente nacional. No entanto, apesar de entrar em vigor em pleno século XX, o Código Civil de 1916 repetia o modelo europeu do século anterior, reconhecendo os ideais burgueses daquela época, o que será melhor discutido no decorrer do trabalho.

Diante de uma legislação própria, surgiram diversos questionamentos doutrinários. Na seara do direito de família, a dificuldade repousava em sua classificação enquanto integrante do direito público ou do direito privado. A dúvida deve-se ao fato de ter sido dado tratamento estanque a ambos logo no início destas discussões, o que não permitia a interferência de um na área de atuação do outro.³

Os critérios adotados pela doutrina para a classificação levam em conta se o interesse a ser tutelado é geral, de toda sociedade, ou individualizado; se o titular do direito dos interesses é o Estado ou um particular; se a natureza da ação cabe ao Estado ou ao particular e assim por diante. Qualquer destas teorias coloca frente a frente o interesse público e a autonomia privada. O primeiro constitui-se em fundamento do direito público e a segunda princípio basilar do direito privado, seja na sua configuração existencial ou patrimonial.

Como classificar o direito de família, visto que se encontra no limiar destes dois ramos do direito? É inegável o interesse público, no sentido de proteção da instituição, mas, ao mesmo tempo, há de ser respeitada a individualidade de seus membros e suas escolhas de vida.

De acordo com parte dos doutrinadores, a maior incidência das normas de ordem pública (cogentes) constitui-se em fator determinante para esta discussão. Sendo a família célula básica da sociedade, ela representa o alicerce da organização social e, dessa forma, tem o Estado especial intenção de preservá-la. As normas do direito de família seriam quase todas de ordem pública

³ ALVES, Leonardo Barreto Moreita. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 44 e DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34 e 35.

e, de acordo com Silvio Rodrigues, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares.⁴

Por outro lado, no direito privado, as pessoas gozam da faculdade de estabelecer entre si as normas que desejarem, instituindo direitos e impondo obrigações de acordo com suas vontades. Aos poucos, foi se percebendo, então, que o direito de família se encontrava na região limítrofe entre estes dois ramos do direito, havendo verdadeira simbiose entre ambos. Classificá-lo como direito público é aceitar, ou melhor, aprovar o intervencionismo estatal nas relações interpessoais:

... o fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito das famílias migrado para o direito público (...) não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. A pretensão de deslocar a família do direito privado representa um contrassenso, pois prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima.⁵

É a partir da constitucionalização do direito civil e dos novos princípios que regem o direito de família que se verifica a aproximação e uma tendência majoritária da doutrina em repudiar essa classificação estanque, eis que a interpretação das normas jurídicas à luz da Lei Maior e a própria inserção nesta de assuntos anteriormente afetos ao direito privado, retira a serventia de discussão mais profunda.⁶ O princípio da dignidade da pessoa humana e sua preponderância sobre o patrimônio são fundamentais neste sentido.

O direito civil e, conseqüentemente, o direito de família, deve ser analisado à luz da Constituição, com ênfase para a realização do ser humano enquanto pessoa, sujeito de direitos. Esta análise deve, ainda, estar em consonância com os princípios da igualdade e da liberdade, determinantes na constituição dos novos modelos de família. Estes temas serão desenvolvidos e aprofundados mais adiante, na análise da evolução do Estado e de suas implicações no direito de família.

⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 25. Ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.11.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Premissa Metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

1.1 Contextualização histórica da formação da família

O modelo de família ocidental e, conseqüentemente, a família brasileira, tem suas raízes no direito romano, a partir de um modelo extenso e do grande poder assumido pela figura do pai. O próprio termo família vem do latim *família*, que deriva de *famulus* (servo, escravo).⁷ As pessoas que a constituíam, ou seja, que viviam sob um mesmo teto, eram vinculadas a um indivíduo, o pai, a quem deviam total obediência.

Abarcado no conceito extenso, não estavam somente a esposa e os filhos, mas todos aqueles que, de alguma forma, fizessem parte daquele grupo e se submetessem à autoridade do *pater familias*. Esta hierarquia era vista como um fator de união, mas, principalmente, como preponderância da figura paterna, com poderes de vida e de morte sobre seus membros:

... o pai não é somente o homem forte que protege e que tem também poder para se fazer obedecer; ele é o sacerdote, é o herdeiro do lar e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside nele.⁸

A família patriarcal era um verdadeiro clã, incluindo a esposa, filhos, parentes, padrinhos, afilhados, amigos, dependentes e ex-escravos. Uma legião de agregados submetidos à autoridade indiscutível que emanava da temida e venerada figura do patriarca. Este modelo de família constituía-se como a espinha dorsal da sociedade e desempenhava os papéis de procriação, administração econômica e direção política.

Uma de suas principais características era a manutenção do patrimônio. A unidade da família devia ser preservada a todo custo, e, por isso, eram comuns os casamentos entre parentes, pois a fortuna do clã e suas propriedades se mantinham indivisíveis sob a chefia do patriarca. O pai tinha total controle sobre a produção e o

⁷ CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 348.

⁸ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora das Américas S.A., 1961, p. 131.

comércio. Qualquer atividade econômica desenvolvida deveria passar por seu crivo e todas as atitudes eram tomadas de forma que o patrimônio permanecesse dentro da própria família.⁹

No ambiente familiar, não se desenvolviam sentimentos profundos entre pais e filhos, que recebiam os mínimos cuidados em função da contribuição futura que trariam para a comunidade e, em especial, para sua família. O casamento era sagrado e indissolúvel, refletindo a influência da Igreja. A única forma de família admitida era a matrimonializada, a partir de casamentos arranjados com base patrimonial. O que se via era o controle dos corpos das mulheres, que saíam do domínio do pai para passarem ao domínio do marido. O matrimônio era um ato de repercussão econômica, retratando o triunfo da propriedade privada, no sentido de garantia do patrimônio.¹⁰

Especificamente com relação ao Brasil, como reflexo do processo de colonização, tem-se um mosaico de relações que inclui uma mistura de etnias e culturas de sociedades diferentes e contextos diferenciados. Segundo Gilberto Freyre, o modelo predominante foi o patriarcal, com prevalência da figura masculina paterna com autoridade sobre a prole e a esposa.¹¹

Durante todo o período imperial e inicial da República, o modelo patriarcal e extenso era ideal à operacionalização dos meios de produção disponíveis. No contexto da colonização, a família assumiu uma posição importantíssima, servindo como grupo com incumbência de regular comportamentos. Mesmo distante da metrópole, era possível vencer as adversidades naturais do novo território, pois, em distintas regiões da colônia, as famílias desenvolviam suas formas de fixação, sobrevivência e sustento. A autoridade do patriarca era característica primordial, seja na constituição das famílias com base na agricultura, na pecuária ou nas expedições das bandeiras, caracterizadas por batalhas constantes em busca de territórios e novas rotas comerciais.

O casamento marcava as uniões e tinha como objetivo a manutenção do prestígio social da família e da posição ocupada. Servia ao controle de bens e à

⁹ LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família: família e relações de poder transformação funcional familiar a partir do direito privado**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 39.

¹⁰ *Id. Ibidem*, p. 40.

¹¹ FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961. p.43.

expansão das riquezas, sob o domínio do patriarca. O que se pretendia era o fortalecimento das relações entre as famílias, sem preocupação com os laços afetivos entre os nubentes. A mãe, responsável pela educação dos filhos, orientava-os a partir de princípios morais e religiosos que garantissem a manutenção da ordem estabelecida.

A formação do direito de família brasileiro reflete sua vocação funcional de estabilização social e sua ligação às tradições da metrópole. Suas bases sustentavam-se na religião, sob forte influência da Antiguidade. A família patriarcal e matrimonializada assegurava a dominação e proporcionava a manutenção da ordem, dentro dos limites preestabelecidos pelo poder dominante.

Com o processo de industrialização na Europa e surgimento dos estados nacionais e da classe burguesa, no fim do século XVIII, a família perde esta característica de instituição pública e passa a constituir um espaço privado e íntimo, apto ao florescimento de relações afetivas. O casamento passa a significar base e selo jurídico da família burguesa: patriarcal, monogâmica, heterossexual e nuclear.

Nessa mudança de paisagem, também gradativamente como os movimentos de industrialização e urbanização, o cinzel da economia dilapidou a família extensa do patriarca, eliminando as arestas dos agregados e dos escravos e abalou, conseqüentemente, seu imenso poder de outrora. Evidente, porém, que o poder do patriarca não desapareceu de imediato, na família nuclear resistiam, ainda, dois pontos em que sua superioridade se destacava. Primeiro em relação à mulher, segundo com relação aos filhos.¹²

A Era Moderna é marcada pela valorização da esfera privada e pela divisão do poder de autoridade do pai com o Estado. A família nuclear era composta basicamente pelos pais e seus filhos legítimos. O homem é o chefe de seu núcleo e a mulher ocupa o espaço interno na família, como esposa e mãe. O marido ocupa o espaço público, sendo responsável pelo sustento da família, base estável da sociedade. O casamento legitimava as uniões, marcando o início das famílias constituídas para manter a ordem econômica. Na sociedade capitalista, cada um dos

¹² LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família: família e relações de poder transformação funcional familiar a partir do direito privado**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 76.

membros do grupo familiar assume função útil e necessária à engrenagem de produção e de consumo:

Até a primeira metade do século XX, o casamento servia à legitimação da convivência sexual e marcava o início da família. A estabilidade do enlace se consubstanciava num contrato que só se romperia em casos excepcionais. Essas transformações estavam ligadas, no entanto, a vários aspectos. Economicamente, por exemplo, a industrialização passava a demandar mais mão de obra e as necessidades de consumo a demandar mais renda. A entrada da mulher no mercado de trabalho e sua consequente emancipação com relação à dependência do marido transformam substancialmente o ambiente doméstico.¹³

Esta passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal proporcionava ao indivíduo ampla liberdade para realização de seus interesses, sem intervenção estatal, como forma de assegurar o progresso e o desenvolvimento humano. Os direitos fundamentais garantiam autonomia aos cidadãos, pois se constituíam em um sistema de liberdades negativas, não tendo o Estado mecanismos institucionais para interferir na realização dos interesses de cada um. O ideal iluminista era de liberdade e igualdade entre os indivíduos.

No entanto, ao direito de família não foram aplicados estes ideais libertários e igualitários, pois eles voltavam-se exclusivamente à aquisição, domínio e transmissão da propriedade. A liberdade limitava-se a seu aspecto formal, ou seja, igualdade de sujeitos de direitos abstraídos de suas condições materiais e existenciais. Para a ideologia liberal burguesa, a família era considerada como uma unidade do *status quo*, não se levando em consideração as pessoas que a formavam.

O casamento revestia-se de formalidade e, uma vez celebrado, não era permitido ao Estado intervir na comunhão de vida estabelecida. Como prevalecia o patriarcalismo, ainda com as diferenças já citadas, mantinha-se a autoridade do marido sobre a mulher e filhos:

Era, em suma, uma família eminentemente patriarcal, hierarquizada, formal, com nítidas funções institucionais, econômicas a até procriacionais. A autonomia, o poder de conformação do ser no mundo, residia apenas na

¹³ LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família: família e relações de poder transformação funcional familiar a partir do direito privado**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 43.

figura do *pater familiae*. Ao homem era dado decidir sobre os desígnios extrapatrimoniais e patrimoniais da família. Dirigia a pessoa e os bens da mulher e filhos.¹⁴

Nas famílias brasileiras, as alterações advindas da modernidade ocorreram de forma gradativa, sem romper abruptamente o modelo estabelecido desde o período colonial. A industrialização, no Brasil, deu-se de forma tardia se comparada com o resto do mundo. A família se mantém sob a autoridade do patriarca, com funções reprodutivas, voltada à estabilização social e com bases fixas no casamento, embora existisse união de pessoas não casadas.¹⁵

No final do século XVIII, o Brasil passou por mudanças econômicas que se refletiram na organização familiar. A exportação de café e a exploração do ouro ganharam força e o comércio passou a ser a principal atividade econômica. Ocorre a gradativa ocupação dos espaços urbanos. A família se reorganiza, mas mantém suas principais características. As desigualdades são evidenciadas com a conjugalidade, pois cabia ao homem o exercício das atividades remuneradas e à mulher o trabalho doméstico, sem valor econômico. Assim, homem e mulher não tinham a mesma importância.¹⁶

O matrimônio era, ainda, condição necessária para a formação da família, mas apresentava uma inovação: a possibilidade de escolha do cônjuge.¹⁷ Nesta fase, final do século XVIII e início do século XIX, a instituição e a legitimação do casamento, enquanto instituição formadora das famílias era uma característica herdada do período colonial, que demonstrava a prevalência do intervencionismo estatal.¹⁸

O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. A sociedade, em

¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito das famílias: entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 92.

¹⁵ LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família: família e relações de poder transformação funcional familiar a partir do direito privado**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 50.

¹⁶ Id. *Ibidem*, p. 49/51.

¹⁷ Id. *Ibidem*, p. 52.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27/28.

determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta.¹⁹

No entanto, a Modernidade permitiu à mulher a chance de escolha de seu parceiro, uma diferença marcante deste período pós Revolução Industrial para o colonial. Os casamentos não eram mais “arranjados” e os nubentes já podiam traçar seus próprios destinos.

No Brasil, os reflexos da industrialização proporcionaram mudanças na base econômica, com a consolidação do capitalismo, já na segunda metade do século XIX, que levou à reformulação da família e à paulatina corrosão do poder patriarcal. O ingresso das mulheres no mercado de trabalho, conquistando seu espaço e seu dinheiro fez com que elas deixassem de aceitar passivamente a dominação do marido. A emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou o papel da mulher no contexto familiar.²⁰

Diante destas transformações, fazia-se necessária uma reforma legislativa, pois eram evidentes as disparidades entre as famílias e sua regulamentação jurídica. A nova configuração familiar se distanciava daquele Brasil agrário, patriarcal, no qual vigiam as Ordenações. Não se pode negar que a função econômica da família legitimava o poder patriarcal, mas, concomitantemente, as desigualdades resultantes apontavam para as transformações que estavam por vir.

1.2 O Estado Liberal e a família no Código Civil de 1916

Apesar da necessidade de reformulação legislativa, o Código Civil de 1916 acaba por refletir as bases tradicionalmente arraigadas da sociedade, ou seja, o individualismo liberal, no campo econômico, e a tradição moral e religiosa, no campo das relações de família. O processo de elaboração do Código Civil foi longo e fez com que este nascesse em pleno século XX, mas com modelo de codificação e valores típicos do século anterior.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27/28.

²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil – famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

Em 1823, foi dado o primeiro passo para sua elaboração, com a promulgação da Lei de 10 de outubro, que ordenava a manutenção das Ordenações Filipinas, aplicadas no Brasil desde 1603, até a realização de um código próprio. O sentimento nacionalista era forte, reflexo da proclamação da independência, no ano anterior. Inúmeros foram os projetos elaborados até que, em 1855, Teixeira de Freitas é contratado pelo governo baiano com a incumbência de revisar a legislação vigente e abrir perspectivas para criação de um novo código.

A Consolidação das Leis Civis é concluída em 1857, caracterizando-se como uma contribuição considerável na sistematização de um conjunto de leis à época confuso e desordenado. A partir de então, outros juristas elaboram projetos de codificação das leis civis, mas sem sucesso. Com a proclamação da República, aumenta a pressão para a elaboração de uma legislação própria e, em 1899, Clóvis Beviláqua, é contratado pelo governo para elaboração do Código Civil.

No ano de 1902, o projeto é encaminhado ao Senado, sendo alvo de discussões e polêmica. Houve um embate intenso a respeito da revisão semântica e gramatical do projeto, o que provocou demora acentuada em sua tramitação. Assim, somente em 1º de janeiro de 1916, o Código Civil foi sancionado, entrando em vigor um ano depois, quase cem anos após ter sido dado o passo inicial para sua confecção. Ao refletir o modelo de codificação do século anterior, o código reconhecia os ideais burgueses e reafirmava a crença na iniciativa privada:

Nessa linha de raciocínio, afirma-se que o Código Civil era, na verdade, um meio legal de garantias das elites econômicas do país contra as intervenções e ingerências estatais no livre mercado. Ditava as regras obrigatórias, perenes e acabadas de um jogo amplamente favorável à nova elite, até porque o Estado Liberal possuía somente deveres negativos, de abstenção, de não interferir no âmbito da autonomia privada (autonomia da vontade) dos cidadãos, sendo praticamente inexistentes as ações para reverter esse quadro.²¹

O código regulava essencialmente os interesses individuais e esquecia-se de tutelar o próprio indivíduo em si. Segundo Gustavo Tepedino, eram quatro os

²¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreita. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

personagens básicos do Código Civil de 1916, todos com vertentes patrimoniais: o marido, o proprietário, o contratante e o testador.²²

Nas palavras de Cristiano Chaves e de Nelson Rosenvald, o Código Civil de 1916 é filho tardio do liberalismo e conferiu prevalência às situações patrimoniais. A liberdade de contratar e o papel de destaque quase absoluto da propriedade permitiam o acúmulo de riquezas e a passagem do patrimônio do pai para os filhos legítimos, demonstrando o contexto da família essencialmente patrimonializada.²³

A família, tratada como um ente de produção de riquezas, refletia o contexto histórico da época. O Código Civil de 1916 revestia-se dos valores burgueses, tendo sido disciplinado de forma excessivamente patrimonialista e hierarquizada. Foi editado sob a inspiração do liberalismo, com foco principal no patrimônio.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, dos 290 artigos destinados ao direito de família, 151 tratavam das relações patrimoniais.²⁴ A proteção jurídica aos interesses existenciais era praticamente inexistente. A intenção do código de garantir o direito de propriedade irrestrito era nítida. Um dos exemplos é o artigo 524, que assegurava ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possuísse.²⁵

A família era vista como um ente de produção de riquezas e se caracterizava como uma célula do Estado, e não como uma célula da sociedade. Dessa forma, não poderia ser livremente criada ou extinta pela simples vontade das pessoas. Era necessária a chancela estatal, exercida pelo instituto formal do matrimônio. Só poderiam contraí-lo pessoas solteiras ou viúvas, que não se enquadrassem nos impedimentos previstos no artigo 183. O Estado intervinha na regulação do direito de família, sendo, então, caracterizado como *Estado-protetor-repressor*.²⁶

A influência da Igreja Católica era, ainda, muito forte e se projetava no mundo jurídico. O sacramento do matrimônio decorria da vontade de Deus e o que

²² TEPEDINO, Gustavo. **Premissa Metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 4. Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

²⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁵ Código Civil de 1916 - **Art. 524**. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

²⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50.

Ele reuniu ninguém poderia separar. Aliava-se a isto o não reconhecimento estatal da autonomia das partes. Mesmo que não houvesse desejo dos cônjuges de permanecerem juntos, era vedado o término definitivo do vínculo matrimonial, ou seja, o Estado não permitia o divórcio. O que o código admitia era o encerramento da sociedade conjugal através da separação judicial, com previsão nos artigos 317 e 318.²⁷

O cônjuge considerado culpado recebia dura punição do Estado, com a perda automática da guarda judicial dos filhos,²⁸ do direito ao nome de casado²⁹ e aos alimentos.³⁰

As relações desenvolvidas fora do casamento também não recebiam qualquer proteção do Estado. Não se admitia o concubinato, nem mesmo o puro, ou seja, entre pessoas que não eram impedidas de se casarem. Os filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos e não poderiam ser reconhecidos pelos pais, ainda que estes desejassem.³¹ Além disso, não tinham qualquer direito sobre o patrimônio do pai, sendo tratados de forma desigual em relação aos filhos havidos do matrimônio, considerados legítimos.

Vale ressaltar que os filhos ilegítimos não eram reconhecidos pelo código, mas para efeitos de impedimento para o matrimônio o eram, na medida em que era proibido casamento dos ascendentes com os descendentes ilegítimos e dos afins em linha reta com os ilegítimos (incisos I e II do artigo 183). O que demonstra a já mencionada clara opção pela preservação do patrimônio. Pejorativamente, aqueles que viviam à margem da família concebida pelo código eram classificados como membros de família ilegítima.

²⁷ Código Civil de 1916 - **Art. 317**. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adulterio; II. Tentativa de morte; III. Sevicia, ou injuria grave; IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos / **Art. 318**. Dar-se-á também o desquite por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

²⁸ Código Civil de 1916 - **Art. 326**. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

²⁹ Código Civil de 1916 - **Art. 324**. A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido.

³⁰ Código Civil de 1916 - **Art. 320**. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar

³¹ Código Civil de 1916 - **Art. 337**. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (art. 221) / **Art. 358**. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

1.3 As transformações impostas pelo Estado Social de Direito

No Estado Liberal, as condições eram propícias ao desenvolvimento dos interesses econômicos da classe burguesa. Foram inquestionáveis os progressos advindos da industrialização, mas as relações sociais tornaram-se complexas diante das diferenças entre a classe dos industriais e dos proletários, o que gerou uma crise. O principal ponto da crítica ao capitalismo selvagem era a exigência de que o Estado se posicionasse de forma a proteger os mais necessitados e abandonasse a postura negativa até então adotada.

Com isso, surge, no início do século XX, o Estado Social de Direito, também conhecido como Estado do Bem-Estar Social. Através dele, o Estado tem uma postura mais ativa e positiva em relação às questões sociais:

Em outras palavras, nesse estágio de evolução, o Estado teve suas funções ampliadas: além de ter que respeitar os direitos fundamentais de primeira dimensão, como a liberdade, ele foi obrigado a intervir no campo social, promovendo ações na área de saúde, previdência, educação, moradia, emprego etc. – os *direitos fundamentais de segunda dimensão* –, todas em prol da melhoria da qualidade de vida do cidadão.³²

A intervenção advinda do Estado Social de Direito na economia não tinha o escopo de abolir o sistema capitalista, mas sim de evitar sua superação, impondo certos limites às forças presentes no mercado. O foco do Estado Social não era a coletividade, mas os indivíduos em particular. A atuação estatal se daria, dessa maneira, para reequilibrar a sociedade para que os sujeitos individuais pudessem desfrutar de suas liberdades como bem quisessem.

No período do Estado Social, a autonomia privada sofreu restrições das normas de ordem pública, em prol dos menos favorecidos e foram reduzidos os espaços particulares. O Estado assume um caráter gestor nas políticas públicas e torna-se administrador, intervencionista e assistencialista. O valor preponderante passa a ser a igualdade, não apenas a formal, mas, sobretudo, a material. As leis

³² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 60.

deveriam reconhecer as diferenças e propor alternativas jurídicas em face da diversidade apresentada.³³

Pelo fato das relações sociais serem dinâmicas, elas clamam por uma legislação que reflita as modificações pelas quais passa a sociedade. O Código Civil de 1916 não conseguia abarcar todas estas transformações, sendo necessária adequação legislativa a esta sociedade dinâmica, aberta, livre e multifacetada que se apresentava. Já não se aceitava aquela verdade, ou seja, aquele modelo único proposto pelo código.

Assim, a atuação do Estado Social deu-se, primordialmente, por meio de leis extravagantes.³⁴ Para a defesa de um determinado direito, havia a criação de uma lei casuística, que o tutelaria especificamente. As leis extravagantes buscavam garantir a própria sobrevivência do código civil e atuavam como complementos à legislação. No final dos anos 30 e início da década de 40, estas leis atingiram um número extraordinário e acabaram por abandonar seu caráter excepcional para tornarem-se uma constância. A doutrina civilista dá a este fenômeno o nome de descodificação ou descentralização do direito civil.³⁵

Especificamente no âmbito do direito de família, merecem destaque a Lei 4.121/62, Estatuto de Mulher Casada, e a Lei 6.515/77, Lei do Divórcio. A aprovação de ambos demonstrou a preocupação do legislador com os novos tempos vivenciados e com as transformações pelas quais as famílias estavam passando e que lhes imprimiam um novo conceito.

O Estatuto da Mulher Casada mitigou o caráter paternalista e machista da família, idealizado pelo Código Civil de 1916, e melhorou a condição jurídica das mulheres casadas na sociedade. Até a entrada em vigor da lei, elas eram consideradas incapazes de realizar atos jurídicos e necessitavam da autorização de seus maridos para exercerem diversas atividades, até mesmo para trabalharem e para receberem herança. O estatuto foi considerado um marco para a emancipação feminina em diversas áreas, o que dava à família uma nova conotação.

³³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 64.

³⁴ *Id. Ibidem*, p. 69.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Premissa Metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

O marido deixou de ser o chefe absoluto da sociedade conjugal e a mulher passou a ser sua colaboradora.³⁶ Tornou-se economicamente ativa, passou a ter direito sobre os seus filhos e a compartilhar do pátrio poder, podendo, assim, requisitar a guarda em caso de separação. Foi de fato um progresso imputado à atuação do Estado Social.

Quinze anos mais tarde, a Lei do Divórcio veio para enfraquecer ainda mais o sistema rígido e fechado da família do Código de 1916. Ela foi a primeira produção legislativa brasileira a regular a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. Até o ano de 1977, o vínculo do casamento era indissolúvel, unido os cônjuges permanentemente. Caso a convivência se tornasse insuportável, era possível requerer o desquite, que interrompia os deveres matrimoniais e finalizava a sociedade conjugal. Os bens eram partilhados, os ex-cônjuges não mais conviviam sob o mesmo teto, mas nenhum dos dois poderia contrair novas núpcias.

Com a Lei do Divórcio, foi estabelecida a modalidade de divórcio-conversão, isto é, depois de separado judicialmente por três anos, o casal poderia requerer a conversão da separação em divórcio. Havia, também, a possibilidade do divórcio direto, mas somente para os casais separados de fato há mais de cinco anos quando da data de promulgação da lei, 28 de junho de 1977. Este divórcio era admitido somente uma única vez.

É importante salientar que, mesmo com possibilidade de pôr fim ao vínculo conjugal, trabalhava-se com a noção de culpa na separação judicial litigiosa, que imputava ao consorte culpado sanções como a perda da guarda dos filhos,³⁷ a perda do direito aos alimentos³⁸ e do direito de utilização do patrimônio marital.³⁹ A evolução pela qual passou o direito de família não foi capaz de afastar todos os

³⁶ Lei 4121/62 - **Art. 240**. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

³⁷ Código Civil de 1916 - **Art. 326**. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente; Lei 6515/77 - Art 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a não houver dado causa; Lei 6515/77 - Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar à outra conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

³⁸ Código Civil de 1916 - **Art. 320**. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar.

³⁹ **Art. 232**. Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá: I. Na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente.

resquícios do antigo modelo cristalizado pelo Código Civil de 1916, que estendia seus conceitos para as legislações infraconstitucionais.

1.4 A família pós Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova axiologia estruturante do sistema se impôs, fazendo com que o modelo jurídico de família fosse totalmente alterado. Ocorreu a ruptura com o Código Civil de 1916, em virtude dos novos princípios constitucionais que influenciaram diretamente na compreensão das estruturas familiares. Segundo Maria Berenice Dias, “procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família, calcado na nova realidade que se impôs”.⁴⁰

Diante de princípios como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) e a solidariedade familiar (artigo 3º, I, 226, 227 e 230 da Constituição Federal e artigos 1694 a 1698 do Código Civil de 2002), o cunho patrimonial do código de 1916 não mais se justificava. Da mesma forma, a igualdade, a pluralidade das formas de família, a maior liberdade para a dissolução do casamento e o melhor interesse do menor contribuíram para o rompimento da estrutura hierarquizada da família:

A família democrática é *locus* propício para que as pessoas possam nela encontrar um espaço que proporcione a realização pessoal, que reflita os acordos firmados entre pessoas livres e capazes, mas também *locus* de acolhida para aqueles que não estão em condições de decidir sobre a própria vida. Trata-se, ao mesmo tempo, de um espaço de liberdade e de solidariedade, no qual é possível a construção do afeto e a reciprocidade entre seus membros.⁴¹

No texto do Código Civil de 1916, os interesses patrimoniais preponderavam sobre os existenciais, pois a propriedade e a riqueza ocupavam lugares de destaque. Com a nova Carta Magna, a preocupação voltou-se para a preservação

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 36.

⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias: entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 94.

da dignidade da pessoa humana, como cerne do sistema e, conseqüentemente, das relações jurídicas privadas. Com isso, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia, sobretudo no âmbito das relações familiares. O *ser* passou a ocupar lugar de destaque em relação ao *ter*.⁴²

O cuidado passa a ser elemento relevante e aspectos voltados para a proteção jurídica do afeto em detrimento da forma passam a ser preponderantes. A legalização da união estável é exemplo desta mudança promovida pelo novo texto constitucional. Rompe-se com o modelo imposto pelo Código Civil de 1916 e a família deixa de ser uma célula do Estado para se tornar uma célula da sociedade, conforme preceitua o artigo 227, caput da Constituição Federal.⁴³

O indivíduo passou a ser o centro da família e, por conseguinte, da sociedade e não mais apenas um elemento de força produtiva. Em outras palavras, passou-se a valorizar o sujeito das relações e não mais o seu objeto. Ocorreram, pois, a personificação e a despatrimonialização da família e, a partir dessas vertentes, surgiu a necessidade de uma nova concepção pública, impondo limites à atuação do Estado nesta esfera relacional. A recolocação de valores na relação de família, isto é, uma valorização maior do sujeito em detrimento das relações patrimoniais, não significa a não consideração dessas relações, mas tão somente uma retificação em direção ao princípio da dignidade humana.⁴⁴

A Constituição de 1988 amplia o entendimento de família que deixa de ter caráter patriarcal, hierarquizado e baseada no casamento. O espaço conquistado pela mulher, a partir do Estatuto da Mulher Casada, permitiu que ela deixasse de ser totalmente submissa ao marido e passasse a ter representatividade na relação conjugal. A Lei do Divórcio permitiu a dissolução do vínculo matrimonial e deu a muitas pessoas a chance de recomeçarem suas vidas.

O reconhecimento da união estável, que adveio da nova carta, reforça esta possibilidade, pois amplia o conceito de família. Isto também se dá com as famílias

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 156.

⁴³ Constituição Federal - **Art. 227**. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. Cit.*, p. 156.

monoparentais, constituídas por apenas um dos ascendentes e seus filhos, que passaram a ser reconhecidas como unidades familiares, voltadas para a realização pessoal de seus membros. Ambos os institutos demonstram a democracia na constituição familiar que os novos tempos anunciavam.

Os princípios constitucionais contribuíram veementemente para que as entidades familiares passassem a ser vistas de outra maneira. A solidariedade familiar é um bom exemplo. Tem como fundamento a solidariedade social, que busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inc. I da Constituição Federal). Com relação à família, a solidariedade deve existir nos relacionamentos pessoais, no sentido de uma corresponsabilidade entre seus membros, de forma que uns colaborem para que os outros obtenham o mínimo necessário para seu completo desenvolvimento psíquico, físico e social. A fim de exemplificar, pode-se citar o dever de cuidado, previsto no artigo 229 do texto constitucional;⁴⁵ o dever de prestar alimentos, conforme artigo 1694 do Código Civil;⁴⁶ a curatela concedida aos parentes, em caso de interdição, conforme se verifica do artigo 1775 também do Código Civil, entre outros.⁴⁷

O princípio da igualdade, por sua vez, teve repercussões quanto aos cônjuges e aos filhos. De acordo com o artigo 5º, caput e inciso I da Constituição, homens e mulheres são iguais perante a lei, em direitos e obrigações, o que, por si só, modificou o entendimento até então consagrado. Mais adiante, quando da discussão dos direitos e deveres do casamento e da união estável, este assunto será melhor abordado, mas a Constituição Federal deixa clara a existência de direitos e deveres iguais para os cônjuges, demonstrando o fim do patriarcalismo e da submissão da mulher.

A igualdade entre os filhos é também de fundamental importância. A partir da Constituição Federal de 1988, não se admite tratamento discriminatório relativo à

⁴⁵ **Art. 229.** Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁴⁶ **Art. 1.694.** Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

⁴⁷ **Art. 1.775.** O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito. §1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto. § 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

filiação, proibindo a distinção entre os filhos havidos ou não no casamento, ou seja, *legítimos* e *ilegítimos*. Além disso, passa a haver equiparação entre os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, isto é, provenientes de material genético de terceira pessoa. Nestes dois últimos casos, em que pese a ausência de vínculo biológico, há a possibilidade jurídica de fixação do parentesco com seus respectivos efeitos jurídicos e sem o estabelecimento de diferenças de qualquer ordem.

Outro princípio de fundamental importância é o da pluralidade das formas de família. Como o Código Civil de 1916 somente reconhecia a família advinda do casamento, muitos casais viviam à margem do direito por terem feito opção por núcleos familiares “não permitidos”. Eram discriminados e tratados como *famílias ilegítimas*. Após a Constituição de 1988, isto chega ao fim, em virtude de ser dispensado tratamento igualitário aos componentes da sociedade conjugal formada pelo casamento e pela união estável, admitindo-se, ainda, a família monoparental como entidade familiar, como já referido.

O contexto é de personalização do direito civil, no qual a família é encarada como uma comunidade de afeto e entrelaçada, e não mais como fonte de produção de riqueza. O âmbito familiar é o ambiente mais propício para que o indivíduo se realize plenamente como ser humano. O elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial e passa a envolver carinho, amor e ajuda mútua. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita externa exsurgem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família enquanto unidade, quanto os seus membros individualizadamente.⁴⁸

Em sentido totalmente contrário a este entendimento trazido pela Constituição Federal de 1988, e surpreendentemente 17 anos depois de sua promulgação, discute-se na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 6583/2013, de autoria do deputado estadual da bancada evangélica, Anderson Ferreira (PR-PE), que cria o Estatuto da Família. O projeto se constitui em um conjunto de 15 artigos

⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 155.

que definem família, dispõem sobre seus direitos e sobre as diretrizes das políticas públicas voltadas para atender a entidade familiar em áreas como saúde, segurança e educação. No dia 24 de setembro deste ano, o texto principal foi aprovado, em sessão tumultuada da comissão especial que discute o assunto, por 17 (dezesete) votos a favor e 5 (cinco) contrários.

O Estatuto da Família encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, desde 2013, e constitui-se em uma tentativa de definição do instituto, de forma extremamente restrita e preconceituosa. Logo no artigo 2º, é possível verificar o conceito de família como sendo o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

No meio jurídico, o projeto de lei tem gerado diversas críticas, em virtude das restrições e limitações que impõe ao conceito de família e por desconsiderar os vínculos afetivos. O texto é uma afronta à liberdade e à igualdade, pilares do Estado Democrático de Direito, e revela-se inconstitucional diante da proteção à família contida no artigo 226, que não impõe limitações a sua constituição. Na verdade, pode ser entendido como um retrocesso legislativo, contrariando a Constituição Federal e decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nota divulgada pela Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, dois dias após a aprovação do texto na comissão especial, fez referências, inclusive, a tratados internacionais e demonstra a repulsa que o projeto de lei tem gerado:

Referida definição, ao excluir do conceito de família as uniões homoafetivas, é discriminatória, excludente e homofóbica e, via de consequência, escancaradamente inconstitucional. (...) o projeto como o seu substitutivo, ao restringirem o conceito de família desconsideram todos os demais vínculos socioafetivo, subtraindo direitos e negando acesso às políticas sociais governamentais. Sobretudo, a tentativa legal afronta os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil junto ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Sistema Interamericano de Direitos Humanos; o Pacto de San José da Costa Rica; a Comissão Americana de Direitos Humanos - CIDH e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.⁴⁹

⁴⁹ Nota Pública Divulgada pela Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 26 de setembro de 2015. Disponível em:

Após a conclusão da votação, o projeto segue para o Senado, sem necessidade de ser votado pelo plenário da Câmara dos Deputados. No entanto, podem ser apresentados recursos, que obrigatoriamente farão com que o texto seja novamente apreciado pelo plenário da Câmara.

CAPÍTULO 2

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: DELINEAMENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 fez emergir um novo modo de ver o direito, sendo considerada uma verdadeira carta de princípios.⁵⁰ Especificamente com relação ao direito de família, o contexto histórico indicava que não era mais possível a manutenção de um modelo único, fundado no casamento, no patriarcalismo e no patrimônio, por não haver correspondência com a realidade.⁵¹

Procedeu, então, o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família. A união estável passou a ser admitida como entidade familiar, de acordo com o artigo 226, §3º, e, da mesma forma, em virtude do reconhecimento do afeto, do cuidado, da responsabilidade e da estabilidade, as relações monoparentais passaram a ser aceitas como família, conforme o artigo 226, §4º.

A afetividade assume papel de destaque neste novo cenário e desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar. Com isso, passou a haver maior correspondência entre a instituição jurídica e a instituição social, já que relações que existiam de fato passaram a ser reconhecidas pelo direito. Como apontado no capítulo anterior, a família se configura como espaço de realizações existenciais, dotada de autonomia e menor intervenção do Estado.⁵²

É importante ressaltar que, os institutos da união estável e da família monoparental mereceram referências expressas no texto constitucional por serem mais comuns. No entanto, diante da supremacia dos princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da igualdade e da liberdade (artigo 5º), considerados artífices do Estado Democrático de Direito, a nova Carta Magna provocou, com o passar do tempo, a quebra de preconceitos, passando-se a admitir novas

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 04.

⁵² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

configurações de família afastadas do modelo tradicional de homem e mulher. Proporcionou o reconhecimento das relações homoafetivas, a partir de uma interpretação extensiva.⁵³

O modelo igualitário de família constitucionalizada contrapunha-se ao modelo autoritário do Código Civil de 1916. Fazia-se necessária uma atualização desta legislação infraconstitucional que promovesse a adequação das normas do direito de família. É curioso que o projeto do Código Civil de 2002 tramitou no Congresso por três décadas, tendo os trabalhos iniciados antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988. Foi preciso, então, uma adaptação de seu texto originário aos paradigmas constitucionais.⁵⁴

2.1 Casamento e união estável: legislação aplicada

Tradicionalmente, na definição de Paulo Lôbo, o casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado.⁵⁵ A liberdade matrimonial é um direito fundamental, limitado pelos impedimentos legais, dispostos no artigo 1.521 do Código Civil. É bem verdade que, nos dias atuais, os cônjuges não precisam ser de sexos diferentes, mas este não é o foco de pesquisa deste trabalho.

O matrimônio é uma das entidades familiares mais antigas e mais importantes no direito brasileiro, já tendo sido a única admitida e, ainda hoje, é o modelo mais adotado.⁵⁶ Possui previsão legal na Constituição Federal (capítulo VII, artigo 226) e no Código Civil de 2002, dos artigos 1.511 ao 1.582 (livro IV - Do Direito de Família, Título I - Do Direito Pessoal, subtítulo I - Do Casamento). É nesta legislação infraconstitucional que se encontram disciplinadas as regras inerentes ao casamento, como capacidade, impedimento, causas suspensivas, invalidade, dissolução, dentre outras.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 41/42.

⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil / famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

⁵⁵ *Id. Ibidem*, p. 44.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil : família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3.

A união estável encontra previsão legal no artigo 226, §3º da Constituição, sendo reconhecida como entidade familiar, como dito anteriormente, e devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. No código Civil, está disciplinada no Título III (Da União Estável), artigos 1.723 a 1.727. Se comparada com os artigos dedicados ao casamento (71 ao todo), a união estável ocupa uma tímida posição, com apenas 5 dispositivos legais. É importante ressaltar que, mais adiante, será discutida a intenção do Estado ao normatizar este instituto, adotado, *a priori*, por aqueles que não desejavam sucumbir ao formalismo do matrimônio.

Basicamente, o que difere o casamento e a união estável, visto que ambos possuem intuito de constituição de família, é a ideia de “união formal”. O casamento se inicia com o procedimento de habilitação matrimonial (artigos 1.525 ao 1.532), exige a celebração (artigos 1.533 ao 1.535) e termina com o registro civil (artigo 1.536), que também será exigido para os casamentos religiosos com validade dos civis (artigos 1.515 e 1.516). Comporta uma solenidade essencial a sua validade. Na união estável, por outro lado, não há este formalismo, sendo necessária, em consonância com o artigo 1.723 do Código Civil, a comprovação da convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituição de família.

No que diz respeito à natureza jurídica do casamento, há duas questões centrais: se é instituto do direito público ou do privado e se é instituição, contrato ou tem outra natureza. Para parte da doutrina que entende que o casamento integra o direito público, a explicação repousa na necessidade da ingerência estatal para a validade do ato:

(...) em virtude da crescente ingerência estatal na esfera das relações familiares – fenômeno conhecido como “estatização” do casamento -, teria ocorrido a migração do instituto do casamento do direito privado para o direito público. Em prol de tal tese, dois argumentos são apresentados: (a) o casamento está repleto de interesses públicos, já que a família se encontra sob especial proteção do estado; (b) o vínculo do casamento se forma mediante o concurso necessário da autoridade estatal.⁵⁷

Por outro lado, há um número maior de doutrinadores que defendem que estes interesses superiores aos individuais não são suficientes para inserir o

⁵⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 8.

casamento no direito público. Em virtude do espaço de liberdade dos cônjuges, que se constitui em direito fundamental da pessoa humana, o casamento é um ato de autonomia privada:

Ademais, como ressalta a doutrina, o casamento é ato de autonomia privada, eis que a tendência mais contemporânea é reconhecer um espaço de liberdade aos cônjuges no casamento, ainda que limitado por princípios e regras de ordem pública.⁵⁸

Na verdade, o casamento está envolto por peculiaridades que o colocam entre o interesse do Estado e os interesses individuais dos cônjuges. As pessoas são livres para casar, mas estão sujeitas aos direitos e deveres previstos em lei, como efeitos do próprio ato e que ocorrem independentemente da vontade dos cônjuges.

Discute-se, assim, se o casamento é contrato (concepção contratualista) ou instituição (concepção institucionalista). A primeira corrente, influenciada pelo direito canônico, equipara o ato aos contratos em geral, baseado em um acordo de vontades, com objetivos comuns a ambos os lados, com o diferencial de ultrapassar os interesses meramente econômicos.

Para os que entendem o casamento como instituição, o ponto que o diferencia dos contratos é que os cônjuges não têm liberdade para auto-regulamentar seus interesses, devendo sujeitar-se à regulamentação preestabelecida. Segundo Maria Berenice Dias, o casamento é negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos, sendo, na verdade, regido pelo direito das famílias:

Assim, talvez, a ideia de negócio de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado. Ainda que o casamento não faça surgir apenas direitos e obrigações de caráter patrimonial ou econômico, não se pode negar que decorre de um acordo de vontades. É uma convenção individual, devido ao seu caráter de consenso espontâneo e aos pressupostos exigidos para que as pessoas o possam contrair. Mas ninguém duvida que é o envolvimento afetivo que gera o desejo de constituir uma família: lugar idealizado onde é

⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, sentir-se a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.⁵⁹

Atualmente, classificam-se o casamento e a união estável a partir das seguintes espécies: a) casamento civil típico; b) casamento civil atípico; c) casamento religioso com efeitos civis ou casamento religioso autônomo; d) união estável típica; e) união estável atípica.⁶⁰ O casamento civil típico, com previsão legal no Código Civil de 2002, pressupõe a ligação física e espiritual entre os cônjuges (artigo 1.511), a partir da conceituação tradicional do instituto: contrato solene (artigo 1.514), entre pessoas capazes, de sexos opostos (artigo 1.517 e 1.565), com legalização das relações sexuais e estabelecimento, seja por escolha ou por imposição legal, do regime de bens (artigos 1.639 a 1.641).⁶¹

O casamento civil atípico, no entender de Álvaro Villaça Azevedo, ocorre entre indivíduos do mesmo sexo e não é regulado pelo Código Civil de 2002. Diante do caso concreto de duas mulheres do estado do Rio Grande do Sul, que buscaram autorização judicial para se casarem, o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Quarta Turma, em 25/10/2011, julgou recurso especial e criou a figura jurisprudencial do casamento homoafetivo.⁶² A partir de então, os casais homossexuais não necessitam do reconhecimento da união estável para se casarem. Como a decisão do STJ não é vinculativa, cada casal homossexual interessado em contrair casamento precisa recorrer ao Poder Judiciário para ter seus direitos reconhecidos.⁶³

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Espécies atuais de casamento e de união estável**. in **revista nacional de direito de família e sucessões**. Ano I, nº 1, coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Magister, 2014, p. 9.

⁶¹ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. 3. Ed. V. I. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 93.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.183.378**. Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão Quarta Turma / **REsp 1.183.378** - RS (2010/0036663-8) / Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF: Data do julgamento: 25/10/2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁶³ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14/05/2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 19 out. 2015. Art. 1º - É vedada às autoridades competentes a

Quanto ao casamento religioso, pode ter efeitos civis ou realizar-se autonomamente. O primeiro encontra-se em consonância com o §2º do artigo 226 da Constituição Federal e com o artigo 1.515 do Código Civil, devendo ser realizado de acordo com as regras da instituição religiosa e levado a registro público no prazo de 90 dias (§1º do artigo 1.516). Para que isto ocorra, deverão ser preenchidos os requisitos exigidos para o casamento civil (artigo 1.516 *caput*). Já o casamento religioso autônomo não surte qualquer implicação no estado civil daqueles que o praticam, que, perante à lei, não alteram sua condição anterior.

No tocante à união estável, pode ser típica ou atípica. A primeira tem previsão legal no §3º do artigo 226 da Constituição Federal e no *caput* do artigo 1.723 do Código Civil, constituindo-se na convivência pública, contínua, duradoura e sem que tenha havido o casamento, de um homem e uma mulher.⁶⁴ Pode ser convertida em casamento, desde que nenhum dos conviventes seja casado (artigo 1.726 do Código Civil). Em sua classificação atípica, ainda segundo a concepção de Álvaro Villaça Azevedo, a união estável é estabelecida entre pessoas do mesmo sexo. Expressamente, não possui correspondência legal, mas, desde 05 de novembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre casais homossexuais, nos mesmos moldes da admitida para casais heterossexuais, com base nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil.⁶⁵

Tendo em vista que o casamento é um ato formal, são essenciais alguns requisitos para sua validade. Um deles é que os cônjuges sejam maiores de 16 anos. Caso tenham entre 16 e 18 anos, idade núbil, precisam ser assistidos, visto que são relativamente incapazes, conforme artigo 4º do Código Civil, sendo necessária autorização dos pais (artigo 1.634 do Código Civil). Se um dos genitores não consentir, há necessidade de suprimento judicial, com previsão no § único do artigo 1.517, no artigo 1.519 e no § único do artigo 1.631. Além da recusa, pode haver revogação da autorização pelos pais, tutores ou curadores até a celebração

recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º - A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art.3º - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação).

⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Espécies atuais de casamento e de união estável**. In: revista nacional de direito de família e sucessões. Ano I, nº 1, coordenador: Álvaro Villaça Azevedo, Magister, 2014, p. 17.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Rel. Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

do casamento (artigo 1.518). A comunicação é encaminhada ao oficial de casamento, impedindo a habilitação. Nesta hipótese, pode ser requerida, também, autorização judicial.

O casamento celebrado com suprimento judicial gera a imposição aos cônjuges do regime de separação legal de bens (artigo 1641, III). Para Maria Berenice Dias, esta exigência é desarrazoada, visto que o suprimento do consentimento pressupõe que a negativa de autorização foi considerada injustificável. Assim, impor o regime de bens aos noivos acaba sendo uma penalização.⁶⁶

Excepcionalmente, de acordo com o artigo 1.520, a lei admite o casamento de menores de 16 anos, independentemente da autorização dos pais, em caso de gravidez. A análise deste dispositivo leva à constatação de que, para casar com menos de 16 anos, somente engravidando, o que demonstra a finalidade de procriação atribuída ao casamento, ao lado do fato da lei buscar contemplar a moral dominante, ou seja, a opção pelo casamento para redimir o vexame e promover a aceitação social.⁶⁷ A primeira parte do artigo 1.520, que prevê a permissão do casamento para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, foi derogada com a entrada em vigor da Lei 11.106/2005, que alterou alguns artigos do Código Penal, visto que o casamento da vítima com o ofensor não mais extingue a punibilidade nos crimes contra a liberdade sexual (Código Penal – artigo 213 e seguintes), irradiando reflexos na lei civil.

2.1.1 Dos impedimentos

No tocante aos impedimentos para o casamento, encontram-se expressos no artigo 1.521 (absolutos) e 1.523 (relativos) do Código Civil, estes últimos chamados de causas suspensivas. Caso seja celebrado em discordância com os dispositivos legais, o casamento é nulo, conforme previsto no artigo 1.548, II. Já as recomendações legais de invalidade do ato, contidas no artigo 1.550, tornam o

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

⁶⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105.

mesmo anulável, sendo imposta aos cônjuges sanção de natureza patrimonial, de acordo com o artigo 1.641, I, consistente na obrigatoriedade do regime de separação de bens. É importante distinguir os impedimentos da incapacidade. Segundo Guilherme Calmon, a incapacidade é geral e os impedimentos circunstanciais. Quem ainda não atingiu idade núbil não pode se casar, a menos que obtenha autorização judicial, como já visto. Os impedimentos referem-se a pessoas ou circunstâncias, sem qualquer relação com a capacidade dos cônjuges.⁶⁸

Qualquer pessoa pode suscitar os impedimentos até o momento da celebração do casamento, de forma escrita e assinada, indicando as provas, de acordo com o artigo 1.529. Uma vez celebrado, mesmo que nulo, somente os interessados ou o Ministério Público podem, a qualquer tempo, requerer a declaração da nulidade (artigo 1.549). A lei não deixa claro quem são os interessados, ou seja, quem está apto a propor a demanda desconstitutiva.

Os impedimentos contidos no artigo 1.521 do Código Civil são estendidos à união estável, conforme o §1º do artigo 1.723, de forma absolutamente descabida, no entendimento de Maria Berenice Dias.⁶⁹ O Estado tutela o casamento de forma mais veemente, já que, verificados qualquer dos impedimentos, a celebração não se realiza e, ainda que concretizada, pode ser anulada por iniciativa dos interessados ou do Ministério Público, como já comentado. Caso isto ocorra, os efeitos da sentença retroagem à data da celebração (artigo 1.563) e, na seara jurídica, é como se o ato nunca tivesse sido realizado.

Por outro lado, no tocante à união estável os efeitos se operam de forma diferente. O Estado não possui meios para controlar se os conviventes estão ou não infringindo a lei, ou seja, se convivem em união estável, apesar dos impedimentos legais. O que pode ocorrer é o não reconhecimento destas uniões, seja de pai com filha, de irmã com irmão, de sogro com nora, de companheiro com a filha da ex-companheira..., quando trazidas à análise do Judiciário.

Guilherme Calmon, ao contrário do ponto de vista de Maria Berenice Dias, defende que o legislador agiu de forma acertada ao estender os impedimentos do casamento à união estável:

⁶⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 176.

A despeito das ponderadas razões apresentadas em sentido contrário, revela-se importante no contexto do Direito de Família a regulamentação das uniões que efetivamente merecem receber especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, da Constituição Federal), não sendo possível que, em claro descumprimento aos princípios jurídicos e valores culturais que se construíram no âmbito da humanidade durante sua trajetória histórica, possam ser admitidas determinadas uniões que não recebem o reconhecimento cultural e, conseqüentemente, jurídico. Assim, agiu acertadamente o legislador de 2002 ao prever a necessidade do cumprimento das normas referentes aos impedimentos matrimoniais, de modo a somente reconhecer o companheirismo em relação às pessoas desimpedidas, ressalvada apenas a hipótese da pessoa casada se encontrar separada de fato.⁷⁰

O que se verifica, diante da análise dos julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça⁷¹ é que a Corte tem seguido a lei, isto é, inadmitido o reconhecimento da união estável e, conseqüentemente, de seus efeitos quando se operam os impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil. Em sua maioria, os julgados relacionam-se a pedidos de reconhecimento de benefícios, por falecimento de um dos companheiros, quando há situação de concubinato. Nos casos citados, a pessoa falecida era casada, mas não se encontrava separada de fato do cônjuge. Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça, de acordo com seus precedentes, reconhece a relação como concubinato, portanto, sociedade de fato, e não como família.

Especificamente, no agravo regimental no agravo em recurso especial nº 329.879 – PE (2013/0111362-9), verifica-se, a partir da leitura de trechos da sentença proferida pelo juízo *a quo*, mantida em segunda instância, na qual foi reputada prova da união estável entre um homem e uma mulher, apesar do companheiro ser casado e não estar separado de fato. O magistrado determinou a divisão da pensão por morte do *de cuius*, servidor público, entre a ex-esposa, a companheira e a filha, sob o argumento de que “... A existência de impedimento ao casamento, previsto no Código Civil, não invalida a proteção social conferida pela

⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil / família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 129.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.418.167**. CE (2013/0378877-0 - Quarta Turma. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do Julgamento: 24/03/2015; (AgRg nos EDcl no AREsp 514772 / SP. Superior de Justiça. Quarta Turma. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. Data do Julgamento: 15/12/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015

Constituição Federal, à união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar.⁷²

Inconformado, o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) ingressou com recurso, sendo a sentença reformada nos seguintes termos:

Apesar deste posicionamento do Tribunal de origem, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é possível o rateio de pensão entre a viúva e a companheira com quem o instituidor da pensão mantinha união estável, assim entendida aquela na qual inexistente impedimento para a convalidação do relacionamento em casamento, que somente não se concretiza pela vontade dos conviventes. Nos casos em que o instituidor da pensão falece no estado de casado, necessário se faz que ele estivesse separado de fato, convivendo unicamente com a companheira, que se habilita ao recebimento da pensão, para que esta possa fazer jus ao recebimento de cota-parte da pensão. No caso dos autos, todavia, não se verifica a existência de relação estável, mas, sim, de concubinato, pois o instituidor da pensão manteve os dois relacionamentos por um longo período concomitantemente, consoante consta do acórdão recorrido (fl. 363), o que impossibilita o recebimento de pensão pela recorrida, na esteira do entendimento jurisprudencial deste Tribunal.⁷³

A partir da análise dos impedimentos do casamento estendidos à união estável, é possível perceber como, no Brasil, o direito de família é balizado pelos parâmetros do matrimônio para a formação da entidade familiar. O próprio ingresso no texto constitucional da união estável (artigo 226, §3º), com o compromisso de a lei facilitar sua conversão em casamento, é prova disto. No entanto, é de se indagar se, ao regulamentar as uniões estáveis, o Estado não estaria adentrando na autonomia privada do indivíduo que fez opção por unir-se a outra pessoa, independentemente das formalidades do casamento, sem solenidades e de forma livre. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, este é “um paradoxo criado em nome de se proteger a parte econômica e historicamente mais fraca”.⁷⁴

Como já abordado no capítulo anterior, a família, após a Constituição Federal de 1988, passou a ter um novo perfil, marcado pela consagração dos direitos fundamentais. De forma direta, os princípios da dignidade da pessoa

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. **AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 329.879 – PE (2013/0111362-9)**. Rel. Ministro Humberto Martins. Data do julgamento: 15/08/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. **AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 329.879 – PE (2013/0111362-9)**. Rel. Ministro Humberto Martins. Data do julgamento: 15/08/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015

⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 159.

humana (artigo 1º, inciso III) e da solidariedade familiar (artigo 3º, I), ao lado da igualdade e da liberdade (artigo 5º), fizeram com que ficasse clara a proteção que o Estado deve dar a todas as entidades familiares, independentemente de sua constituição. Não pode haver uma hierarquização axiológica, pois isto implicaria na eleição de uma entidade familiar prioritariamente protegida em detrimento das demais.⁷⁵

Entretanto, há discussões neste sentido. Segundo Samir Namur, não só o Código Civil (artigo 1726), mas a própria Constituição Federal (artigo 226, §3º), consagram ainda a supremacia do casamento em relação à união estável precisamente quando preveem que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento.⁷⁶ A impressão que se tem é de que há uma tentativa de salvação de uma relação inferior, não constituída de maneira adequada. Há, inclusive, quem classifique o casamento como instituição-fim e a união estável como instituição-meio.⁷⁷

A proteção estatal deve ser da pessoa humana que integra uma família, independentemente de sua constituição, não podendo ser tratada de forma diversa. No cenário atual, a convivência familiar tem como alicerce o afeto, diferentemente da procriação e da manutenção do patrimônio que embasavam o Código Civil de 1916. Assim, uma vez demonstrado o *animus* de constituição de família, a solidariedade entre seus membros, o cuidado de uns para com os outros, não há como o Estado se furtar de proteger esta entidade familiar:

A proteção da família é mediata, ou seja, no interesse da realização existencial das pessoas. Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o locus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 429.

⁷⁶ NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 102.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **A união estável**. Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 104. *Apud* NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 102.

circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁸

Esta liberdade dos indivíduos para constituição da família encontra-se também expressa no artigo 1.513 do Código Civil, segundo o qual não será permitida a intervenção de qualquer pessoa de direito público ou privado na comunhão de vida estabelecida pela família. No próprio texto da lei infraconstitucional, por outro lado, encontram-se os deveres do casamento (artigo 1.566) e da união estável (artigo 1.724), que demonstram uma incoerência com a premissa básica do Direito de Família Mínimo.⁷⁹ Estes tópicos serão abordados com mais detalhes no capítulo seguinte.

No seio da família, são seus integrantes que devem instituir as regras de melhor convivência. Se a pessoa humana ocupa lugar central, na contemporaneidade, não cabe ao Estado intervir em um núcleo estabelecido a partir da vontade das partes. Cabe a seus membros de forma livre, dotados de discernimento, construir um projeto pleno de vida. Sendo a família base da sociedade, em consonância com o artigo 226, *caput* da Constituição Federal, o Estado deve intervir de forma promocional e educativa para que as pessoas possam exercer seus direitos.⁸⁰

Esta liberdade encontra limitação nos parágrafos 7º e 8º do artigo 226 do texto constitucional, visto que a união familiar precisa ser fundamentada na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. O Estado não deve adentrar no seio da família para ditar regras, mas, por outro lado, tem a obrigação de implantar ações garantidoras da assistência familiar, na pessoa de cada um de seus membros, propiciando recursos educacionais e científicos que garantam o exercício pleno e consciente destes direitos.

⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

⁷⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 148.

⁸⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito das famílias: entre a norma e a realidade**. In: A tensão entre a ordem pública e autonomia privada no Direito de Família contemporâneo: da intervenção do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. São Paulo: Atlas, 2010, p. 98.

Como regra geral, o Estado não deve intervir no âmago familiar,⁸¹ já que deve ser preservado um espaço de intimidade para que seus membros busquem a felicidade e desenvolvam sua personalidade. Nos dias de hoje, a família é muito mais uma entidade de fato do que uma instituição jurídica de monopólio do Estado. Como enfatiza Luiz Edson Fachin, “está-se diante de um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas, notadamente nas relações de família. É a chamada ‘privatização do Estado’ e ‘desinstitucionalização da família’”.⁸²

Entende-se, assim, que a atuação do Estado deve ocorrer em situações extremas, como *ultima ratio*, pois, de forma geral, deve prevalecer a liberdade dos membros da família. A intervenção estatal deve se limitar à promoção dos direitos fundamentais dos seus membros (dignidade, igualdade, liberdade, solidariedade...), permitindo aos mesmos o exercício da autonomia privada, o desenvolvimento da sua personalidade e o alcance da felicidade. Agindo dessa forma, configurar-se-á como Estado protetor-provedor-assistencialista,⁸³ verdadeiro garantidor do desenvolvimento integral da família. Como exemplos desta atuação, podem ser citadas a imposição do dever alimentar entre membros de uma mesma família; a proteção integral conferida à criança e ao adolescente; a criação de mecanismos que visem coibir a violência doméstica, dentre outros.

2.1.2 Do regime de bens

O regime de bens é uma das consequências do casamento e, por conseguinte, da união estável. O próprio ato de estar juntos, com intuito de constituir família, carrega, em si mesmo, a necessidade de escolha de um regime de bens relativo ao patrimônio (artigo 1.639, *caput* do Código Civil). Quando não há prévia escolha do regime pelos consortes ou quando não é o caso de imposição legal

⁸¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 141.

⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p. 157.

⁸³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 145.

(artigo 1641 do Código Civil), o Estado se encarrega de fazer a opção pelo regime da comunhão parcial (artigo 1.640 do Código Civil).⁸⁴ No caso da união estável, não havendo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se, também, o regime da comunhão parcial, de acordo com o artigo 1.725 do Código Civil.

Durante a vigência do código anterior, que somente reconhecia o casamento como entidade familiar, como já exposto, o regime legal de bens, caso não houvesse estipulação anterior por escritura pública,⁸⁵ era o da comunhão universal.⁸⁶ Este gerava o condomínio de todos os bens de forma igualitária, não importando a origem do patrimônio e a época de sua aquisição. Havia, ainda, os regimes da comunhão parcial (artigo 269 a 275), da separação (artigos 276 e 277) e o regime dotal (artigos 278 a 307). Neste último, todos os bens da mulher eram entregues ao marido, a fim de que ele os administrasse e revertisse os rendimentos em benefício do lar. Sua utilização era restrita, o que levou à revogação.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), com intuito protetivo, instituiu os chamados bens reservados,⁸⁷ ou seja, aqueles pertencentes à mulher, como fruto de seu trabalho, eram considerados incomunicáveis. Entretanto, com base no princípio da isonomia, este instituto foi extinto. Com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), o regime legal de bens passou a ser o da comunhão parcial,⁸⁸ que veda a comunicação dos bens adquiridos antes do casamento, assim como os resultados de herança, legado e doação.

O Código Civil de 2002 apresentou inovações no tocante ao regime de bens. Introduziu o regime de participação final nos aquestos, com previsão legal nos

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 220.

⁸⁵ Código Civil de 1916 - **Art. 256**. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprover (arts. 261, 273, 277, 283, 287 e 312). Parágrafo único. Serão nulas tais convenções: I. Não se fazendo por escritura pública. II. Não se lhes seguindo o casamento.

⁸⁶ Código Civil de 1916 - **Art. 258**. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

⁸⁷ Código Civil de 1916 - **Art. 246**. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242 - Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962.

⁸⁸ Código Civil de 1916 - **Art. 258**. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial - Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977.

artigos 1.672 a 1.676, e a possibilidade de alteração do regime, conforme se depreende do artigo 1.639, §2º. Para Paulo Lôbo, o código ampliou o espaço de escolha para os cônjuges, visto que, até então, prevalecia a irrevogabilidade e a inalterabilidade do regime escolhido:

A opção do legislador foi correta a nosso ver, ainda que respeitáveis vozes alertem para os riscos, tanto em face do cônjuge desinformado quanto em relação a terceiros. No balanço de vantagens e desvantagens é melhor que a lei confie na autonomia e liberdade das pessoas, as quais, nas relações pessoais entre si e na privacidade da família, sabem o que é melhor para o regime de bens. Por outro lado, a lei está mais contemporânea com a realidade social atual da emancipação feminina e sua inserção na vida econômica, máxime no mercado de trabalho, além do fato de a mulher, principal destinatária da rígida tutela legal anterior, não se encontrar mais submetida ao chefe de família, cujo último resquício desapareceu com o princípio da igualdade jurídica integral entre os cônjuges, assegurado pelo art. 226 da Constituição.⁸⁹

O regime de bens só pode ser alterado mediante autorização judicial, através de pedido motivado de ambos os cônjuges, devendo ser apuradas as procedências das razões invocadas, ressaltando-se os direitos de terceiros. Parte da doutrina tem entendido pela inconstitucionalidade parcial do §2º do artigo 1.639, sob o fundamento de violação à dignidade da pessoa humana, à intimidade do casal e afronta ao artigo 1.513.⁹⁰ Em sentido contrário, outros doutrinadores asseguram não haver inconstitucionalidade, já que a necessidade de motivação não fere o princípio da autonomia privada, mas apenas resguarda um dos cônjuges, filhos comuns ou exclusivos ou terceiros de possíveis prejuízos.

Ademais, a partir de análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, é possível verificar que a jurisprudência da corte caminha no sentido de restringir a aferição das razões que levam o casal a solicitar alteração do regime de bens aos prejuízos gerados. Não têm sido exigidas explicações aprofundadas, sob pena de se adentrar na intimidade dos requerentes:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO.

⁸⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 321.

⁹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p.178.

POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 1.639, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. JUSTIFICATIVA DO PEDIDO. DIVERGÊNCIA QUANTO À CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA POR UM DOS CÔNJUGES. RECEIO DE COMPROMETIMENTO DO PATRIMÔNIO DA ESPOSA. MOTIVO, EM PRINCÍPIO, HÁBIL A AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DO REGIME. RESSALVA DE DIREITOS DE TERCEIROS. 1. O casamento há de ser visto como uma manifestação vicejante da liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade essa que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, em um recôndito espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de "asilo inviolável". 2. **Assim, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/02 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes...** (grifo nosso) 5. Recurso especial parcialmente provido.⁹¹ (grifo nosso)

Atualmente, em consonância com o Código Civil, existem os seguintes regimes de bens para o casamento: comunhão parcial; comunhão universal; participação final nos aquestos e separação de bens. A lei prevê, ainda, o regime obrigatório de bens diante das situações descritas nos incisos do artigo 1.641, que será aprofundado no capítulo seguinte. Já com relação à união estável, é possível aos companheiros definir qualquer regime de bens, através de pacto antenupcial. Caso não o façam, estarão sujeitos ao regime legal, isto é, à comunhão parcial de bens, conforme artigo 1.725.

De forma pontual, pode-se afirmar que a distinção entre os regimes pode ser identificada a partir de conjuntos ou massas que cada um deles compreende.⁹² Na comunhão universal (artigos 1.667 a 1.671), todos os bens formam um conjunto único. Os preexistentes ao casamento, ou seja, pertencentes a qualquer dos cônjuges, unem-se aos bens que forem adquiridos na vigência da união, formando uma universalidade patrimonial, igualmente dividida entre eles em caso de dissolução.

Em contrapartida, na separação de bens (artigos 1.687 e 1.688), há duas massas patrimoniais distintas. Cada cônjuge é titular de seu patrimônio,

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1119462/MG**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 222.

independentemente da data da aquisição, antes ou depois do casamento. Em ocorrendo a separação, não há nada a dividir, ficando cada um com os bens que lhes são próprios. Já na comunhão parcial (artigos 1.658 a 1.666), que se constitui no regime legal, os bens adquiridos antes da união pertencem a cada um dos cônjuges separadamente e os aquestos, bens comuns adquiridos após o enlace, por ambos ou por qualquer dos consortes, compõem o patrimônio comum.

No regime de participação final nos aquestos, menos comum que os demais, o patrimônio se divide da seguinte forma: os bens particulares, adquiridos por cada cônjuge antes do casamento; o patrimônio próprio de cada cônjuge adquirido após o enlace e os bens comuns pertencentes a ambos também adquiridos após a união. No caso de dissolução do vínculo conjugal, cada cônjuge ficará com seus bens particulares e com a metade dos bens comuns. Quanto aos bens próprios de cada um, adquiridos na constância do casamento, serão compensados os créditos em caso de desequilíbrio de valores.

Como já mencionado, segundo inteligência do artigo 1.639 do Código Civil, é lícito aos nubentes, antes da celebração do casamento, optar pelo regime de bens que melhor lhes aprouver. Para tanto, é necessário que seja estipulado um pacto antenupcial, através de escritura pública, com previsão legal nos artigos 1.653 ao 1.657. Por meio deste, o regime de bens pode ser livremente convencionado, com observância, apenas, ao artigo 1.641, que se refere ao regime obrigatório de bens, limitador desta liberdade de escolha. No capítulo seguinte, esta questão será aprofundada.

A eficácia do pacto antenupcial está sujeita à condição suspensiva (artigo 1.639, §1º e 1.653), devendo ser seguido, obrigatoriamente, pela celebração do casamento, sob pena de tornar-se inócuo, isto é, mesmo válido, não produzirá efeitos. As cláusulas instituídas no pacto antenupcial não podem afrontar a lei (artigo 1.655), sendo vedada qualquer convenção que viole disposição legal cogente. Para que possa produzir efeitos perante terceiros, além do registro público do casamento, é necessário que o pacto seja registrado no registro de imóveis competente.

Vale ressaltar que o pacto admite, inclusive, convenção atípica do regime de bens, ou seja, regime não previsto no Código Civil. Neste caso, quando da celebração, deverá a estruturação ser integralmente transcrita no assento e na

respectiva certidão de casamento, para ressalva dos interesses dos próprios cônjuges e de terceiros.⁹³

Segundo Maria Berenice Dias, as limitações do direito sucessório provocaram aumento no número de estipulações de pactos antenupciais, a fim de que os cônjuges façam valer seus desejos:

Em face de terríveis limitações impostas pela lei em sede de direito sucessório, alterando, por completo, o desejo dos cônjuges, vem se alastrando o uso do pacto antenupcial como forma de contornar as incongruências da lei. Assim, é possível fazer o planejamento sucessório para definir questões de ordem patrimonial, para a hipótese de dissolução do casamento pela morte.⁹⁴

No tocante à união estável, o regime de bens é o da comunhão parcial, com os mesmos efeitos já descritos para o casamento, de acordo com o artigo 1.725 do Código Civil. Os bens adquiridos na constância do relacionamento, mesmo em nome próprio, passam a integrar o patrimônio comum, devendo ser partilhados por metade em caso de dissolução do vínculo. Prevaecem, ainda, as mesmas ressalvas legais do casamento quanto à incomunicabilidade dos bens recebidos por herança, doação ou sub-rogação legal. Se desejarem instituir outro regime, os conviventes devem estabelecer contrato de convivência, sendo nulas as convenções violadoras da lei.

Tendo em vista tratar-se de negócio jurídico informal, o contrato de convivência pode ser celebrado por escrito, através de escritura particular ou pública. Quanto à sua eficácia, a doutrina é divergente. Para alguns autores, como Maria Berenice Dias, seus efeitos são retro operantes, enquanto para outros, como Cristiano Chaves, são *ex nunc*.⁹⁵ Em resumo, a controvérsia se refere ao artigo 1.790 do Código Civil, que abarca o direito sucessório do companheiro e determina que a concorrência deste com os demais herdeiros se dará apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Quando, através de contrato de convivência, é estabelecido regime da comunhão universal de bens e, no decorrer da união estável, não são adquiridos quaisquer bens onerosamente, surge

⁹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 232.

⁹⁵ FRÓES NETO, Edgard Borba. **Contrato de convivência e suas repercussões no direito sucessório**. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 19 set. 2015.

a polêmica que diz respeito à sucessão, já que o companheiro desprovido de bens tem direito a todo o patrimônio que o outro trouxe consigo.

São discussões que demonstram a preocupação com o patrimônio ainda presente no Código Civil e que, com relação à união estável, são ainda mais fervorosas. De acordo com Samir Namur,⁹⁶ há uma aproximação explícita, nos procedimentos judiciais, entre o casamento e a união estável, sem, no entanto, deixar de haver uma hierarquia, com tratamento diferenciado para a “família legítima”, estabelecida pelo casamento. Uma das explicações pode ser a semelhança cotidiana dos relacionamentos, em particular pela existência do afeto.

Esta proximidade aumenta quando se trata do regime patrimonial, com a imposição da comunhão parcial para os companheiros, que, na essência do ato, optaram pela informalidade:

Ainda que isso tenha a sua explicação, há quem afirme inclusive que, em verdade, a legislação infraconstitucional teria praticamente copiado a disciplina do casamento para a união estável, caracterizando casamento por decurso de prazo e, por isso, ao ser assimilada pelo direito de maneira similar, mas inferior, a disciplina da união estável acabaria igualmente por funcionar como um mecanismo de preservação do modelo de família do sistema jurídico liberal-burguês.⁹⁷

Se, por este lado, há críticas quanto à regulação excessiva da união estável, que deveria ser uma relação informal, por outro, deve-se concordar que o instituto necessita, em alguma medida, de regulação jurídica para garantia dos próprios companheiros. Assim, a proximidade da união estável com as regras do casamento seria uma tentativa do legislador infraconstitucional de combater sua discriminação, aproximando-a da relação modelo que seria o casamento.⁹⁸

2.1.3 Da filiação

⁹⁶ NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 99.

⁹⁷ *Id. Ibidem*, p. 100.

⁹⁸ *Id. Ibidem*, p. 101.

A Constituição Federal de 1988 veda tratamento discricionário com relação aos filhos (artigo 227, § 6º), não sendo mais cabível classificação relativa à filiação legítima ou ilegítima, como ocorria no Código Civil de 1916.⁹⁹ Assim, não há qualquer diferenciação com relação aos filhos havidos na constância do casamento, da união estável, advindos de relações de concubinato, como descrito pelo Código Civil (artigo 1.727),¹⁰⁰ ou de reprodução assistida. De acordo com a definição de Paulo Lôbo, filiação é conceito relacional, estabelecido a partir do parentesco que se estabelece entre duas pessoas, não importando se nascida da outra, adotada, vinculada mediante estado de filiação ou se concebida por inseminação artificial.¹⁰¹

Contudo, durante anos, a única entidade familiar reconhecida era o casamento, sendo perceptíveis os reflexos desta realidade nas legislações até os dias atuais. A impossibilidade de se identificar com relativa segurança os pais biológicos fez com que o ordenamento jurídico, tradicionalmente, buscasse apoio em um sistema de presunções. As presunções foram adotadas pelo Código Civil como forma de garantia da paternidade e da maternidade, diante dos preconceitos históricos e da hegemonia da família matrimonializada.¹⁰²

Na busca de estabilidade, a lei gerou um sistema de reconhecimento, baseado em deduções que partem de um fato certo para a prova de um fato desconhecido, ou seja, independentemente da verdade biológica, a lei presume a maternidade como sempre certa e o marido da mãe como pai de seus filhos. Para Maria Berenice Dias, o direito considera uma paternidade jurídica, em desprezo à verdade biológica. “Pai é o marido da mãe”, através da presunção *pater is est quem nuptia demonstrant* (pai é aquele que as núpcias demonstram).¹⁰³

Conforme se depreende do artigo 1.597 do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; trezentos dias subsequentes

⁹⁹ Código Civil de 1916 - **Art. 337.** São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (art. 221) / **Art. 358.** Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

¹⁰⁰ Código Civil de 2002 - **Art. 1.596.** Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216.

¹⁰² *Id. Ibidem*, p. 219.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 349.

à dissolução da sociedade conjugal; havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e os havidos de inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

No que se refere à união estável, não caberia se falar em presunção de paternidade, visto que não existe disposição em lei a respeito.¹⁰⁴

Entretanto, há doutrinadores que defendem sua aplicação, argumentando que o Código Civil de 2002 reproduziu a redação do Código Civil de 1916, que contemplava, apenas, a família constituída pelo casamento e a filiação legítima, não ocorrendo atualização de acordo com o artigo 226 da Constituição Federal. Assim, a referência na lei à convivência conjugal deve ser estendida à união estável, provando-se o início da sua constituição. Da mesma forma, a alusão ao marido deve compreender o companheiro.¹⁰⁵

Com base em circunstâncias do caso concreto, decisão da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça confirma, também, este entendimento:

RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHIFACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL – ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO – ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - **PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO** (grifo nosso) - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA E NOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO- NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.¹⁰⁶

¹⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Comentado conforme a Constituição da República**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 192.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil / famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.194.059-SP**. Rel. Ministro Massami Uyeda. Data do julgamento: 06/11/2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

Com os novos contornos sociais, que levaram à admissão de outras entidades familiares, e com o avanço da biotecnologia, que permitiu a realização do exame de DNA, as presunções de concepção deixaram de ser absolutas. A origem genética será considerada em si mesma somente se não tiver havido qualquer caso de filiação socioafetiva (adoção, posse de estado de filiação e concepção por inseminação artificial heteróloga), que impõe necessariamente outras análises que não só a biológica.

É interessante ressaltar que a presunção de paternidade mediante as núpcias incide seus efeitos na própria disposição dos capítulos do código civil. Os filhos havidos da relação do casamento e os havidos fora do casamento são tratados em capítulos diferentes. A regulação relativa aos primeiros encontra-se disposta no capítulo intitulado “Da filiação” (artigos 1.596 a 1.606) e os filhos advindos de outros relacionamentos estão disciplinados no capítulo “Do reconhecimento dos filhos” (artigos 1.607 a 1.617). Para Maria Berenice Dias, esta diferenciação está relacionada a aspectos morais e culturais de preservação da família:

A diferenciação advém do ato de o legislador ainda fazer uso de presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento. Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a manutenção da estrutura familiar.¹⁰⁷

Apesar dos aspectos sócio-culturais refletidos, ainda, na legislação infraconstitucional, a Constituição Federal de 1988 veio para estabelecer novos paradigmas. A regulamentação com relação à filiação passou a ter foco no nascimento e não nas circunstâncias da concepção. Dessa forma, deixou de ter importância o relacionamento em si, passando a lei a se preocupar em proteger os filhos.

A Constituição alargou o conceito de entidade familiar, garantindo proteção à família constituída pelo casamento, pela união estável e à família monoparental. Adotou-se, então, a doutrina da proteção integral, através da qual crianças e

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 349.

adolescentes passaram a ser sujeitos de direitos, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana. Por força da norma constitucional, “a paternidade e a maternidade devem ser estabelecidas de modo a atender ao melhor interesse da criança e não mais à paz da família”.¹⁰⁸

Da mesma forma como ocorreu com as entidades familiares, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial. O conceito de paternidade foi ampliado, passando a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.¹⁰⁹

Fala-se, então, em posse de estado de filho, de forma a englobar a pessoa que desfruta do *status de filho* em relação à outra pessoa, independentemente da realidade legal.¹¹⁰ A paternidade passou a ser encarada como relação psicoafetiva, baseada na relação de afeto, duradoura e presente no ambiente social. São assegurados aos filhos, além do próprio nome e, sobretudo dedicação, cuidado e abrigo assistencial.¹¹¹

Configura-se, assim, a preponderância dos laços de afeto, intimamente ligados aos deveres de guarda, educação e sustento dos filhos, oriundos do poder familiar, cuja disposição legal encontra-se no artigo 229 da Constituição Federal e nos incisos I e II do artigo 1.634 do Código Civil. Consiste nos deveres dos pais para com os filhos no sentido de assistência, criação e educação, voltado para o atendimento do melhor interesse do filho. “O poder familiar é um poder-dever indeclinável dos pais, visto que atribuído prioritariamente no interesse do filho, a ser pautado pela garantia, com absoluta prioridade, da dignidade do menor”.¹¹²

O Código Civil de 1916, baseado na família patriarcal, como visto no primeiro capítulo, assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido, como chefe da sociedade conjugal. Diante de sua ausência, a mulher poderia assumir o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), o pátrio poder foi assegurado a ambos os pais, mas era

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 429.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Op. Cit.**, p. 352.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil / famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236.

¹¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 129.

¹¹² TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 236.

exercido pelo marido com a colaboração da mulher. Em caso de divergências, deveria prevalecer a vontade do pai.

A partir da Constituição Federal de 1988, com a igualdade entre homem e mulher (artigo 5º, I) e, conseqüentemente, atribuição de mesmos direitos e deveres na sociedade conjugal (artigo 226, §5º), o desempenho do poder familiar passou a ambos os genitores, em mesmo patamar. Apesar disto, a mudança na nomenclatura, de pátrio poder para poder familiar, ocorreu somente com a edição do Código Civil de 2002, que passou a ter o capítulo V intitulado “Do Poder Familiar”. A expressão não agradou os doutrinadores, pois, o novo código manteve ênfase no poder, deslocando-o apenas, do pai para a família. Nas palavras de Silvio Rodrigues, “pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra ‘pátrio’ do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como seu nome sugere”.¹¹³

Diante do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, consagrado no artigo 227 da Constituição Federal, a expressão que goza da simpatia da doutrina é autoridade parental, visando prestigiar a noção de poder-função ou de direito-dever. Os bens jurídicos tutelados no direito de família devem estar voltados ao atendimento dos interesses dos seus integrantes, principalmente os existenciais, em especial os das crianças e adolescentes, com o intuito de concretização da dignidade da pessoa humana.¹¹⁴

Neste sentido, não há qualquer diferenciação no desempenho do poder familiar no casamento, na união estável ou nas demais entidades familiares, a partir de uma interpretação extensiva das normas constitucionais. Cabe aos pais zelar pela educação e criação dos filhos, em sentido amplo, ou seja, material e existencial. Os genitores “são defensores legais e protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado”.¹¹⁵

O poder familiar é exercido de maneira simultânea, por ambos os cônjuges ou companheiros, havendo determinação expressa no artigo 1.631 do Código Civil.

¹¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 6, p. 355.

¹¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p.470.

¹¹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 298.

Em caso de divergência entre eles, qualquer um dos interessados possui o direito de recorrer ao Judiciário, a fim de buscar uma solução para o impasse, conforme se verifica do parágrafo único do referido artigo. O poder familiar não é decorrente do estado de casado ou da união estável. Na verdade, compete aos pais enquanto os filhos forem menores, bastando, para isso, a formalização da maternidade ou da paternidade. A norma não está condicionada aos institutos do casamento ou da união estável, mas ao *status* familiar de pai ou mãe.¹¹⁶

O exercício do poder familiar abrange direitos e deveres, com finalidade de preservar o interesse da criança e do adolescente. O desempenho dos atos de assistir, criar e educar, conforme disposto no artigo 229 da Carta Magna, está diretamente relacionado ao cumprimento do artigo 227, que atribui à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. No artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que cuida do poder familiar, é atribuído aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Assim, percebe-se que “os pais exercem direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos”.¹¹⁷

¹¹⁶ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Comentado conforme a Constituição da República. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 230.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302.

CAPÍTULO 3

A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE SOBRE OS DEVERES DOS CÔNJUGES E COMPANHEIROS E SOBRE O REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS

O novo paradigma constitucional com relação às entidades familiares, fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, no afeto, na igualdade e na liberdade, delineou nova interpretação aos direitos e deveres dos cônjuges e dos companheiros. Estas alterações encontram respaldo principalmente no comando constitucional do artigo 226, §5º, que impõe a igualdade total de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, em contraposição à supremacia anterior da figura do marido.

Na legislação infraconstitucional, o artigo 1.511 do Código Civil estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. O casamento é fundamentado na união, sendo respaldado na interseção de caminhos que o casal livremente escolheu. Decorre daí o direito e, ao mesmo tempo, o dever de ambos os cônjuges à vida em comum, marcada pela ajuda, dedicação recíproca, colaboração, afeto e respeito.

Assim, a comunhão de vida está relacionada à igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e preservação da dignidade das pessoas casadas.¹¹⁸

Ao estabelecer a igualdade, a Constituição Federal eliminou as discriminações em relação à mulher, afastando de vez o patriarcalismo e a submissão legal que a esposa era obrigada a aceitar, ou seja, extinguiu por completo, no ordenamento jurídico, a chefia da sociedade conjugal exercida pelo marido. A igualdade entre os cônjuges, no casamento, é, na verdade, consequência das transformações pelas quais a família passou nas últimas décadas,¹¹⁹ como abordado no capítulo 1.

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 168.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014,

É sob esta perspectiva que o Código Civil, no título “Da eficácia do casamento”, no artigo 1.565, estabelece que, ao decidirem se casar, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Segundo Paulo Lôbo, o interesse da família como um todo é o fim a ser atingido pelos cônjuges, correspondendo o casamento a “um conjunto de direitos e deveres exercidos pelos cotitulares na dimensão que atenda a suas finalidades, respeitando a dignidade e as necessidades de cada membro, inclusive dos filhos, quando houver”.¹²⁰

No tocante à união estável, deve-se compreender da mesma forma a ideia de igualdade de direitos e deveres entre os companheiros. Tendo surgida como uma relação informal, que, posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, passou a integrar o rol das entidades familiares, a união estável não está submissa à chancela estatal da mesma forma que o casamento. Este para iniciar-se ou findar-se depende do reconhecimento do Estado. Os companheiros, por sua vez, quando buscam a intervenção estatal, é para o reconhecimento de uma situação que de fato já existe.

Apesar de não haver hierarquia entre o casamento e a união estável, percebe-se o tratamento diferenciado dispensado a estas entidades familiares, o que pode ser comprovado através da análise da própria lei. A união estável está regulada, no Código Civil, em apenas quatro artigos (do 1.723 ao 1.726), insuficientes para comportar as questões a ela relacionadas.¹²¹ Os deveres dos companheiros encontram-se no artigo 1.724, de forma sucinta e menos abrangente que os deveres do casamento, como se verá a seguir. Os únicos comuns aos cônjuges e aos companheiros são o de mútua assistência e o de sustento, guarda e educação dos filhos. São deveres que constituem interesses públicos relevantes e que não violam a privacidade dos cônjuges ou companheiros.

Afinal, com a evolução do conceito de família, deve se esperar menor intervenção possível do Estado nas relações conjugais. No entanto, não é o que ocorre com relação à escolha do regime de bens no casamento para os maiores de 70 (setenta) anos. O Estado impõe o regime obrigatório de bens (artigo 1.641, II),

p. 429.

¹²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137.

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

constituindo-se em clara violação ao princípio da autonomia e uma “semi-interdição” à capacidade do sujeito. Não é digno atribuir suposta incapacidade a qualquer pessoa somente por ter atingido certa idade. Nota-se um resquício da ordem jurídica patrimonializada em nítida afronta à dignidade da pessoa humana,¹²² o que será melhor discutido adiante.

3.1 Deveres do casamento

O casamento é hodiernamente entendido como comunhão plena de vida, baseado no afeto e no verdadeiro desejo dos cônjuges de compartilharem uma vida em comum. Neste sentido, impor deveres se mostra desnecessário e comprova a presença do Estado na conjugalidade, interferindo na liberdade e privacidade dos cônjuges.¹²³

No Código Civil, o rol dos deveres inerentes ao casamento encontra-se disposto no artigo 1.566:

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.

A família se revestiu de novos valores, deixando de atender às funções tradicionais de procriação, manutenção do patrimônio e do *status quo* de seus membros, ou seja, afastou-se da configuração de “família legítima”.¹²⁴

Dessa forma, não há razões para que o Estado regule, em seus pormenores, os deveres conjugais, destituídos de qualquer interesse público e que

¹²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte, DelRey, 2006, p. 145.

¹²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. JusNavigandi, Teresina, ano 9, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br>. Acesso em: 02 nov. 2009.

¹²⁴ Id. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

afetam profundamente a privacidade dos cônjuges. Até porque a solidariedade é a razão do surgimento do vínculo afetivo e de sua permanência, não havendo necessidade de imposição de deveres para uma relação íntima do casal.

O comando do artigo 1.513 do próprio Código Civil é claro quando preceitua ser defeso a qualquer pessoa de direito público e privado interferir na comunhão de vida instituída pela família. Como explicar, então, os deveres conjugais expressos na legislação ordinária, cuja verificação implica na atuação estatal através do Poder Judiciário?

Se as pessoas optam, livremente, por se unirem, os deveres advindos desta nova situação de vida surgirão naturalmente. Respeito, consideração, assistência, fidelidade, guarda e educação dos filhos serão inerentes ao ato de estarem juntas, compartilhando o mesmo projeto de vida. Não cabe ao Estado impor um modo de viver àqueles que decidiram oficializar seu relacionamento:

Parece que, com sua onipotência, olvida (o Estado) que são pactos íntimos que ligam duas pessoas. É parte subjacente das relações, que são baseadas em um contrato ou “trato”. O fato é que ninguém consegue se imiscuir nos espaços de convívio do par, e não são normas legais que irão mantê-los unidos. De nada adiante tentar impor condutas ou ditar o modo de viver a quem optou por oficializar o seu relacionamento afetivo. Dita ingerência, além de nitidamente descabida, é de todo desnecessária.¹²⁵

No entanto, na contramão deste raciocínio de liberdade de escolha dos cônjuges, a doutrina discute se aqueles que deixam de cumprir os deveres impostos pelo casamento se encontram na condição de devedores. Este inadimplemento, ainda que comprovado, não afeta a existência, a validade ou a eficácia conjugal. Não é possível ao cônjuge credor buscar o cumprimento desta obrigação em juízo. Nos dias atuais, não se permite nem mesmo a imputação de culpa ao “infrator”, pois a dissolução do casamento se dá através do divórcio, conforme artigo 226, §6º da Constituição Federal e artigo 1.571, IV do Código Civil, sendo desnecessária a exposição de motivos. De acordo com o princípio da liberdade conjugal e familiar,

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 258.

basta que tenha havido desaparecimento dos laços afetivos do casal para justificar o fim da união.¹²⁶

A quebra dos deveres conjugais vem sendo considerada violação à boa fé objetiva¹²⁷, em função da confiança mútua existente entre os cônjuges. Este é o fundamento utilizado para as ações de indenização por danos morais, propostas após o término efetivo do casamento ou da união estável, e que, há algum tempo, passaram a fazer parte dos acervos dos tribunais, assunto a ser abordado no item 3.3.

3.1.1 Fidelidade

Listada como o primeiro dos deveres conjugais, conforme artigo 1.566, inciso I do Código Civil, a fidelidade recíproca é a representação do interesse do Estado em manter a família tradicionalmente constituída como base da sociedade. Segundo Guilherme Calmon, é a expressão natural do princípio da monogamia nas relações fundadas no casamento, considerada um dever de abstenção de conduta, enquanto os demais deveres reclamam comportamentos positivos.¹²⁸ A fidelidade é um dever recíproco físico e moral, pois se constitui na manutenção das relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge. Até pouco tempo, a conjunção carnal com outra pessoa configurava crime de adultério¹²⁹ e, no Código Civil de 1916, era suficiente para o desquite litigioso do casal.¹³⁰

¹²⁶ Diferentemente, conforme o Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel e existiam duas espécies de desquite: o consensual e o litigioso (unilateral), este associado à ideia de culpa. Se um dos cônjuges não consentisse com o desquite consensual, somente a ocorrência de uma das hipóteses de conduta culposa previstas pelo legislador autorizaria o desenlace. A ideia de culpa estava presente, no desquite litigioso, que dependia da prova, atribuída ao autor da ação, de uma das seguintes causas taxativamente enumeradas pelo art. 317 - A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos I. Adultério, II. Tentativa de morte; III. Sevícia, ou injúria grave; IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 258.

¹²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 95.

¹²⁹ De acordo com a Lei 11.106/2005, que alterou dispositivos do Código Penal, o adultério deixou de ser considerado crime, tendo sido revogado o artigo 240 do Decreto Lei 2848/40, que previa detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses. O adultério estava previsto no título VII, "Dos crimes contra a família", capítulo I, "Dos crimes contra o casamento".

¹³⁰ Em conformidade com o artigo 319 do Código Civil de 1916, o adultério era considerado motivo para o desquite e estava previsto no capítulo "Da dissolução da sociedade conjugal".

O dever de fidelidade, além de ser uma norma social e moral, é uma norma jurídica, pois sua transgressão admite punição na esfera civil.¹³¹ Mesmo na esfera criminal, apesar da revogação da prática do adultério enquanto crime, o Código Penal, através do artigo 235, ainda consagra o crime de bigamia, visando desestimular a infidelidade. Quando alguém casado contrai novas núpcias, incide neste crime, estando sujeito à pena de dois a seis anos. Na esfera civil, a punição é a anulação do casamento contraído por aquele que já era casado (artigo 1.548, II), por se constituir o matrimônio anterior em impedimento, de acordo com o artigo 1.521, VI.

No Código Civil atual, há dispositivos reproduzidos do Código de 1916 que demonstram a intenção do legislador de punir o “cônjuge traidor”. É anulável a doação feita pelo cônjuge adúltero a seu cúmplice (artigo 550 e 1.642, V), e a infidelidade é considerada fundamento para propositura de ação de separação litigiosa (artigo 1.573, I), ficando o cônjuge culpado sujeito a perder o nome de casado (artigo 1.578), sendo-lhe assegurado somente direito a alimentos no mínimo necessário à sobrevivência (artigo 1.704).¹³² Além disso, o concubino do testador casado não pode ser nomeado seu herdeiro nem legatário, salvo se este, sem culpa, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos (artigo 1.801, inciso III).

A infidelidade conjugal pressupõe intenção, vontade e a consumação da cópula. Se o ato não se consuma, mas se verifica o propósito, é considerada infidelidade moral. Já o namoro de um dos cônjuges com terceira pessoa, não se constitui em adultério, mas prática de injúria grave, configurando-se em hipótese de deslealdade.¹³³ Atualmente, por força do princípio constitucional da igualdade, não há tratamento diferenciado entre a infidelidade masculina e a feminina.

É importante observar que o não cumprimento por um ou por ambos os cônjuges do dever de fidelidade não rompe o casamento. Apesar de se constituir em um dever legal, não há como ser exigido em juízo o seu adimplemento na constância do vínculo conjugal:

¹³¹ VENOSA, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 161.

¹³² Para aqueles que entendem que a separação persiste, mesmo após a Emenda Constitucional 66/2010.

¹³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 96.

Ao menos não se tem notícia de algum cônjuge traído haver proposto ação pleiteando o cumprimento do dever de fidelidade. Tratar-se-ia de execução de obrigação de não fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Seria o caso de imposição de astreinte, devendo o infiel pagar por cada traição?¹³⁴

O legislador optou por não conceder efeitos jurídicos às relações não eventuais entre pessoas impedidas de se casarem, consagrando o instituto do concubinato (artigo 1.727 do Código Civil). De acordo com os preceitos legais, estas famílias paralelas afrontam o dever de fidelidade, não são reconhecidas como união estável e deixam de ser merecedoras da proteção jurídica estatal. O que prevalece, na jurisprudência, é o entendimento de que as relações concubinárias impróprias se constituem em sociedades de fato e não em entidades familiares (como abordado no capítulo anterior, no item 2.1.1, ao se discutirem os impedimentos para o casamento e para a união estável). Estão, então, sujeitas ao direito das obrigações e o patrimônio adquirido, na constância do concubinato, deve ser dividido na medida da contribuição direta de cada um dos concubinos para se evitar o enriquecimento sem causa.

No entanto, este entendimento vem sendo rechaçado por parte da doutrina, que reconhece as famílias paralelas como entidades familiares e, portanto, devendo sujeitar-se às regras do direito de família. Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias defendem a possibilidade de se reconhecer uma união estável, principalmente a putativa, quando o concubino desconhece a existência de outra família formada pelo casamento ou por uma união estável anterior.¹³⁵ Para estes autores, negar a existência das famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade.¹³⁶

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 260.

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 448.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 51.

3.1.2 Vida em comum no domicílio conjugal

Este dever imposto a ambos os cônjuges encontra respaldo legal no inciso II do artigo 1.566 do Código Civil. Durante anos, a vida em comum, no mesmo domicílio conjugal, foi entendida como dever de residência comum e, ainda, de manter relações sexuais com o parceiro, o chamado “débito conjugal”. Nos dias atuais, diante dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana, este entendimento foi alterado.

Está definitivamente afastado, na relação conjugal, o dever da prática de relações sexuais, devendo este dispositivo ser compreendido como o dever de habitação comum, não necessariamente sob o mesmo teto. Admite-se a adoção de mais de um domicílio pelo casal, seja por opção de vida ou por necessidade profissional, por exemplo. Não compete ao Estado determinar onde e como os casais pretendem viver. De acordo com Paulo Lôbo, o dever de vida em comum encontra-se relativizado e a escolha dos cônjuges de viverem em domicílios separados por conveniência pessoal afeiçoa-se ao princípio constitucional da liberdade familiar.¹³⁷

A origem da expressão “débito conjugal” é de natureza religiosa, visto que o matrimônio possuía a finalidade de procriação, sendo, inclusive, a falta de contato sexual causa para anulação do casamento religioso.¹³⁸ Este suposto dever obrigaria um cônjuge a ceder à vontade do outro para atender seu desejo sexual. Tal entendimento justificar-se-ia na sociedade patriarcal, na qual a mulher sucumbia à vontade do marido e era considerada objeto a serviço do então “provedor do lar”.¹³⁹

Hodiernamente, frente à nova perspectiva do direito de família e da igualdade de direito entre homem e mulher, a previsão de vida em comum entre os deveres do casamento não pode significar a imposição de vida sexual ativa. A própria opção dos cônjuges por um projeto de vida a dois já pressupõe intimidades que dizem respeito somente a eles próprios.

¹³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

¹³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 263.

¹³⁹ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 145.

(...) a mudança do perfil da família criou terreno fértil para o desaparecimento do instituto do débito conjugal (...) o objetivo de legalização das relações sexuais na constituição da família é sensivelmente mitigado, já que, muito mais que isso, a família deve propiciar a comunhão de afeto, entendido nas suas múltiplas facetas.¹⁴⁰

Ainda que haja ausência de vida sexual, a higidez do casamento não será afetada, não se constituindo em motivo para sua anulação. Não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento, mas a afetividade e o amor. Não se pode admitir que a falta de contato sexual seja reconhecida como inadimplemento de dever conjugal. Seja por opção do casal ou mesmo por qualquer situação de saúde, este é um aspecto que somente diz respeito aos cônjuges, não se admitindo qualquer tipo de intervenção.

De acordo com Maria Berenice Dias, reconhecer a ausência de contato físico de natureza sexual como inadimplemento de dever conjugal pode ser um caminho para cancelar a violência doméstica (regulamentada através da lei 11.340/2006, na forma do §8º do artigo 226 da Constituição Federal), como forma de forçar o direito ao contato sexual.¹⁴¹

Em recente julgado criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o réu, condenado por lesão corporal de natureza grave (na forma do artigo 129, §§1º, 9º, 10 do Código Penal) e por praticar vias de fato (artigo 21, caput da Lei de Contravenções Penais – Decreto Lei 3688/1941), justificou sua conduta com base na negativa da vítima, sua ex-companheira, de cumprimento do débito conjugal, ao se negar a fazer sexo com ele:

(...) Conforme investigado, no dia 23/03/2013, a vítima Valquíria estava em sua residência, quando foi instada pelo réu, que, totalmente alcoolizado, impeliu a esta o cumprimento de débito conjugal, qual seja, a praticar sexo com ele, o que foi recusado por ela. Indignado com a negativa da ex-companheira, Giancarlo atirou diversos objetos contra Valquíria, que, para se defender, se armou com uma faca. Na sequência, um dos objetos lançados

¹⁴⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 216.

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 264.

pelo réu atingiu a mão da vítima, que empunhava referida arma branca, ocasionando machucados que resultaram em sutura no dedo e fratura em seu pulso esquerdo(...).¹⁴²

A alegação de ausência de relacionamento sexual, após a celebração do matrimônio, também não pode ensejar sua anulação, pois, como já dito, não mais se admite o “débito conjugal”. O fundamento de que a negativa de contatos sexuais frustra a expectativa do noivo não deve ser acolhido, nem mesmo sob a alegação de afronta ao princípio da confiança, por frustrar a “justa expectativa” de quem casa.

Em recente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foi negado provimento ao recurso do marido que alegava erro essencial e buscava anulação do casamento em virtude de negativa da esposa em manter relações sexuais. Entendeu o magistrado que, para se considerar erro essencial, faz-se necessário que o erro seja anterior ao casamento e que diga respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo que tal torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado, o que não era o caso dos autos:

CIVIL. ANULAÇÃO DE CASAMENTO. ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE. RECUSA À PRÁTICA SEXUAL. INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM. DESCARACTERIZAÇÃO DO ERRO. O comportamento do cônjuge que se recusa à prática sexual, tornando insuportável a convivência conjugal, não caracteriza erro essencial que autoriza a anulação de casamento, máxime porque não impediu a consumação do matrimônio, visto que os consortes mantiveram contato sexual durante o período de vida em comum. II – Negou-se provimento ao recurso.¹⁴³

Por outro lado, vale a pena registrar que, há bem pouco tempo, com base no Código Civil de 1916,¹⁴⁴ o “débito conjugal” era reconhecido como causa da

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Criminal. **Apelação nº 0000369-69.2013.8.26.0357**. Rel. Des. Sérgio Coelho. Data do julgamento: 27/08/2015. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. **Apelação Cível 20060710279647APC**. Rel. Des. José Divino de Oliveira. Data do julgamento: 23/11/2008. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2015.

¹⁴⁴ Código Civil de 1916 - **Art. 218**. É também anulável o casamento se houve, por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro; Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I. O que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; II. A ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória; III. A ignorância, anterior ao

separação-sanção e de anulação do casamento por erro essencial à pessoa do outro cônjuge.

AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL MOVIDA PELO MARIDO. CULPA DA MULHER, PORQUE COMPROVADAS A NEGATIVA DO DÉBITO CONJUGAL E CONDUTA SUSPEITA, ALÉM DA EXPULSÃO DO MARIDO DE CASA.¹⁴⁵

ANULAÇÃO DE CASAMENTO. RECUSA AO DÉBITO CONJUGAL. A RECUSA INICIAL E DEFINITIVA DA MULHER AO “DEBITUM CONJUGALE” DEMONSTRA QUE O VARÃO, AO CONTRAIR NÚPCIAS, INCOREU EM ERRO ESSENCIAL QUANTO A PESSOA DA NUBENTE, O QUE TORNA INSUPORTÁVEL A VIDA EM COMUM, AUTORIZANDO A ANULAÇÃO DO CASAMENTO NOS TERMOS DO ARTIGO 218 E 219 DO CÓDIGO CIVIL.¹⁴⁶

Decisão datada do ano de 2005, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, também chancela este entendimento. Em sede de recurso, admitiu-se a anulação do casamento em virtude do “débito conjugal”, por ter a esposa frustrado a expectativa do marido ao recusar o relacionamento sexual, sem esclarecer o motivo. Reconheceu a Sétima Câmara Cível que a esposa estaria violando os deveres da vida em comum e a consideração com o cônjuge, afetando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana:

Isso posto, em busca da efetividade, cômico de que houve a ruptura do laço afetivo, que o casal já se encontra desavindo e que o fato torna insuportável a vida em comum, e de que a conduta feminina afetou a dignidade e a imagem de seu consorte, em vista de erro sobre sua identidade psicofísica, dou provimento para anular o casamento, com apoio no artigo 1.557, I, do Código Civil vigente. Inverto a sucumbência.¹⁴⁷

casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 41268**. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Galeno Vellinho de Lacerda. Data do julgamento: 12/08/1982. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 24 out. 2015.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Reexame Necessário nº 583034806**. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro. Data do julgamento: 22/11/1983. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 24 out. 2015.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Apelação nº 70010485381**. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Data do Julgamento: 13/07/2005. Disponível em: <http://tjrs.vlex.com.br>. Acesso em: 24 out. 2015.

A desembargadora Maria Berenice Dias, era presidente da Sétima Câmara, à época, e foi voto vencido, manifestando-se nos seguintes termos:

O casamento não se consuma no leito conjugal, mas quando de sua celebração. A lei civil não impõe o chamado débito conjugal. A negativa de contato sexual não configura erro essencial a ensejar a anulação do casamento. Ao depois, reconhecer a obrigação de contatos sexuais acabaria por impor a existência do direito à vida sexual, o que estaria chancelando a violência sexual e até a prática de estupro na busca do exercício de um direito. Como bem posto na sentença, se a falta de sexo, autorizasse a anulação do casamento, a falta de afeto ou de fidelidade também deveria ensejar a desconstituição do vínculo matrimonial. Diante da negativa da mulher caberia somente a busca da separação e nunca a anulação das núpcias.¹⁴⁸

Entendimentos neste sentido talvez possam somar-se às explicações, mas não à justificativa, para o elevado número, em todo país, de registros de casos de violência doméstica, com base na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), acima citada.¹⁴⁹ São reflexos, na sociedade contemporânea, deste modelo de família patriarcal, que tutelava a superioridade do varão e a submissão da mulher.

3.1.3 Mútua assistência, consideração e respeito

Estes três deveres conjugais estão diretamente relacionados ao princípio da solidariedade e correspondem à atenção e ao cuidado com a pessoa do outro cônjuge, além do provimento dos meios necessários para o sustento da família. É o comportamento que se espera daqueles que estão unidos por laços de afetividade e amizade.¹⁵⁰ Nenhuma convenção particular pode afastá-los, pois dizem respeito a uma exigência de ordem pública.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Apelação nº 70010485381**. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Data do Julgamento: 13/07/2005. Disponível em: <http://tjrs.vlex.com.br>. Acesso em: 24 out. 2015.

¹⁴⁹ Até o primeiro semestre de 2012, foram feitos 47.555 registros de atendimento na Central de Atendimento à Mulher. Durante todo o ano de 2011, foram 74.984 registros, bem inferior aos 108.491 de 2010. O tipo de registro que aparece em maior número é para relatar violência física contra a mulher que pode variar de lesão corporal leve, grave ou gravíssima, tentativa de homicídio e homicídio consumado. Foram 63.838 em 2010, 45.953 em 2011 e 26.939 até julho de 2012 – fonte: IBGE. Disponível em: <http://teen.ibge.gov.br>. Acesso em: 07 out. 2015.

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

(...) o casamento deve ser lugar para partilha de alegrias, mas também de tristeza; de compartilhamento de sucesso, e também de fracasso; de parceria na saúde, na juventude e no lazer, mas também de amparo e de cuidado na doença e na velhice. Assim, por mais grave que seja a doença de um dos cônjuges, cabe ao outro, por dever de solidariedade e sublimação, prestar-lhe toda assistência que for necessária, não apenas sob o prisma material (dever de socorro), mas principalmente sob o prisma ético e moral (dever de assistência moral).¹⁵¹

A mútua assistência, em especial, envolve aspectos morais e materiais. O primeiro refere-se ao apoio recíproco entre os cônjuges no decorrer de suas vidas, ou seja, nos momentos bons e ruins. Já o segundo diz respeito à manutenção das necessidades econômicas de cada cônjuge, levando-se em consideração os rendimentos de um e as possibilidades do outro.

A mútua assistência, efeito jurídico do casamento, possui duplo conteúdo. No aspecto material, tem o significado de auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges. 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 ao cônjuge doente ou idoso, no consolo por ocasião do falecimento de um ente querido, na defesa em suas adversidades com terceiros.¹⁵²

O Código Civil não estabelece quais itens compõem as necessidades familiares, cabendo aos cônjuges a divisão dos encargos. O descumprimento do dever de assistência material será convertido em dever de alimentos (artigo 1.702), que vai além dos limites da vida em comum, podendo persistir mesmo depois do divórcio, quando a necessidade de um é absoluta e o ex-cônjuge possui condições de lhe prestar auxílio (artigo 1.704). Considera-se o binômio necessidade e possibilidade.

Em julgado recente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou decisão de concessão de alimentos provisórios em favor da ex-esposa, utilizando como fundamento o dever de mútua assistência, mas levando em

¹⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100.

¹⁵² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 2, 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153/154.

consideração necessidade, possibilidade de pagamento, razoabilidade e proporcionalidade:

Agravo de Instrumento. Ação de Alimentos. Decisão que fixou alimentos provisórios em 20% (vinte por cento) dos ganhos brutos do réu, excluído os descontos obrigatórios, em favor de sua ex-esposa. Inconformismo daquele. A obrigação alimentar entre ex-cônjuges decorre do dever de mútua assistência e não se extingue, simplesmente, pelo término do casamento, através da separação ou divórcio. Verba alimentar que deve ser arbitrada com observância ao binômio necessidade possibilidade e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Inteligência que se extrai do artigo 1.694, § 1.º, do Código Civil. *In casu*, o quantum fixado não se encontra amparado pela razoabilidade e proporcionalidade. Reforma do aludido decisum que se impõe. Recurso a que se dá provimento parcial, na forma do artigo 557, § 1º - A, do estatuto processual civil, para o fim de fixar os alimentos provisórios em 5% (cinco por cento) dos rendimentos brutos do alimentante, excetuando os descontos obrigatórios. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0043086-94.2015.8.19.0000. Vigésima Câmara Cível. Desembargadora: Georgia de Carvalho Lima, data do julgamento: 20/08/2015)

Os alimentos são irrenunciáveis, conforme artigo 1.707 e, ainda que tenham sido dispensados no processo de separação, podem ser reivindicados depois do divórcio. A mútua assistência, portanto, não decorre do simples vínculo matrimonial em si, mas do sentimento de respeito, cooperação, assistência e cuidado assumidos.

Da mesma forma a consideração e o respeito são fundamentos da formação familiar. O casamento estabelece comunhão plena de vida, em conformidade com o artigo 1.511 do Código Civil, mas, acima de qualquer legislação, instaura uma cumplicidade, um caminhar conjunto na busca de objetivos comuns. Assim, devem ser estes deveres norteadores da relação conjugal, livremente escolhida pelos consortes. De acordo com a definição de Silvio Venosa, o respeito e a consideração mútuos referem-se ao ambiente em que vive o casal, não podendo haver violação dos direitos da personalidade ou de direitos individuais.¹⁵³

¹⁵³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito das sucessões**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, p. 159.

3.1.4 Sustento, guarda e educação dos filhos

Cabe à família o dever de sustento guarda e educação dos filhos, de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal, artigo 1.566 do Código Civil e artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. É uma obrigação advinda da paternidade/maternidade e não um dever decorrente do casamento. Os pais exercem o poder familiar durante a vida conjugal, em consonância com o artigo 1.631 do Código Civil, mas não há qualquer modificação deste dever em caso de divórcio (artigo 1.579).

Os deveres dos pais com os filhos são individuais e deve cada um contribuir na proporção de sua condição econômica para a manutenção da prole. No entanto, o sustento, a guarda e a educação dos filhos não se limita ao pagamento de despesas. Cabe aos pais o acompanhamento psicológico, educacional e mesmo espiritual, a partir do diálogo e das orientações contínuas que buscam preparar as crianças e os jovens para a vida.

Segundo Paulo Lôbo, o sustento se refere ao aspecto material e relaciona-se às despesas com a sobrevivência dos filhos, de modo compatível com os rendimentos dos pais. Tem relação também com a saúde, o lazer e a cultura. Já o dever de guarda tem sentido amplo de direito-dever de convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança. Os pais devem exercer o poder familiar (artigo 1.560 do Código Civil), no sentido de manter os filhos sob vigilância, fornecendo-lhes amparo e protegendo-os com relação a terceiros. Como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 33), o dever de guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança.¹⁵⁴

A educação, por sua vez, possui sentido amplo, que vai além da formação intelectual. É o dever que considera o desenvolvimento integral da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho. Este dever imputado aos pais corresponde ao de formação total da pessoa para a vida em sociedade. O descumprimento acarreta condenação ao pagamento de alimentos, substituição da

¹⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146/147.

guarda ou a perda do poder familiar e a responsabilidade civil por danos morais em função da violação aos direitos da personalidade, que se consolidam durante a formação da criança e do adolescente.

Quanto aos filhos, a intervenção estatal deve ser observada de forma a garantir o melhor interesse da criança. Com a constitucionalização do direito de família e, posteriormente, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), o Estado convergiu suas forças para o membro mais hipossuficiente da família, ou seja, os filhos menores, passando a tutelá-los de forma mais incisiva.

O Estado tem autorização para intervir nas relações familiares em prol da criança e do adolescente. Além da atividade reparativa, que visa resolver situações irregulares, a nova doutrina da proteção integral enseja atuação estatal mais preventiva, ou seja, garantir à criança e ao adolescente sua integridade física, mental, social e moral, para que assim possam usufruir dos seus direitos fundamentais.

Apesar de não ser este o foco do presente trabalho, é importante ressaltar que, com relação aos menores de idade, justifica-se intervenção estatal mais incisiva, em função da hipossuficiência. A família que, até então, encontrava-se em uma redoma gerida pelo pai, passou a dividir esta administração com o poder do Estado, através de suas instituições (conselhos tutelares e Ministério Público), que devem fiscalizar e zelar pelo bem-estar das crianças e dos adolescentes em situação de risco.

3.2 Deveres da união estável

Os deveres a serem cumpridos pelos companheiros estão dispostos no artigo 1.724 do Código Civil e se constituem em lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. São efeitos pessoais que muito se aproximam dos deveres do casamento, mas com algumas distinções, principalmente levando-se em consideração que a união estável surgiu a partir de uma situação de fato, de um relacionamento informal resultante de uma opção de vida de pessoas que não queriam ou, em virtude de impedimentos, não podiam se casar.

Após o reconhecimento como entidade familiar, na Constituição Federal de 1988, a normatização do Código Civil manteve sua singularidade, mas a aproximou das regras estruturais dos direitos e deveres dos cônjuges, já explicitados no presente estudo. A coabitação, com previsão legal no artigo 1.566, constitui-se em exceção, visto que não compõe o rol dos deveres dos companheiros, assim como a fidelidade que deu lugar à lealdade, gerando algumas discussões abordadas mais adiante.

A partir de uma análise do instituto da união estável, percebe-se que determinar deveres para os companheiros é uma atuação de extrema intervenção estatal na autonomia dos indivíduos. Para se perceber o contrassenso, basta pensar que a união estável não necessita da chancela estatal para sua constituição e nem mesmo para seu término. O que existe, na maior parte dos casos, é a busca do Judiciário pelos companheiros para solução de demandas não solucionadas entre eles, mas, quanto ao relacionamento em si, já houve seu término sem a necessidade de qualquer interferência judicial.

Somando-se a isto, eventual descumprimento dos deveres impostos aos companheiros não afasta o reconhecimento da união enquanto entidade familiar, desde que presentes os requisitos para sua constituição, conforme dispostos no artigo 1.723 do Código Civil. Da mesma forma, deixar de cumprir estas obrigações também não se constitui em justificativa para o término do relacionamento com aplicação de sanções ao “companheiro culpado”, isto é, não se configura em cláusula de dissolução do relacionamento. Estende-se à união estável a análise realizada para os deveres referentes ao casamento, juridicamente inexigíveis, inclusive no tocante aos danos morais, assunto a ser tratado no tópico seguinte.

Frise-se, mais uma vez, diante de outros argumentos, mas direcionados ao mesmo fim, que não cabe ao Estado determinar como irá se desenvolver uma relação entre pessoas capazes, que livremente optaram por uma vida a dois. Principalmente no caso da união estável, que se constitui em instituto criado com base na informalidade e na liberdade, que, nem por isso, deve ser considerada hierarquicamente inferior ao casamento.

Os diferentes arranjos familiares demonstram os múltiplos projetos de vida existentes em uma sociedade plural e dessacralizada.¹⁵⁵ Se a base da família está no afeto, na solidariedade, no compromisso estabelecido entre seus membros, até que ponto cabe ao Estado regular estas relações? No entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira, “a intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade”.¹⁵⁶ Não deve a união estável ser tratada como “antessala do casamento”, um casamento sem formalidade.¹⁵⁷

3.2.1 Lealdade

Quando se fala dos deveres dos companheiros, é muito comum se fazer um paralelo com os deveres do casamento. Neste contexto, as diferenças entre ambas as entidades familiares são ressaltadas e o dever de lealdade ganha destaque, em paralelo à fidelidade recíproca. Há, na doutrina, discussões quanto às definições de ambos os conceitos, isto é, se podem ser entendidos como sinônimos, se um é mais abrangente que o outro ou se acabam se excluindo.

Para Maria Berenice Dias, como, na união estável, somente é imposto o dever de lealdade, inexistente a obrigação de ser fiel. Dessa forma, a lei acaba permitindo como entidade familiar a relação na qual não há fidelidade ou coabitação, favorecendo o reconhecimento de vínculos paralelos. Em sua concepção, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas.¹⁵⁸

Segundo Paulo Lôbo, o conceito de lealdade não se confunde com o de fidelidade.¹⁵⁹ O primeiro deve ser entendido como respeito aos compromissos assumidos, no sentido de dever moral. A fidelidade, por sua vez, é entendida

¹⁵⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito das famílias: entre a norma e a realidade**. In: A tensão entre a ordem pública e autonomia privada no Direito de Família contemporâneo: da intervenção do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. São Paulo: Atlas, 2010, p. 96.

¹⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 157.

¹⁵⁷ Id. **Concubinato e união estável**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 35.

¹⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

estritamente como impedimento de ter ou manter outra união familiar, em virtude da monogamia matrimonial. Não seria, então, possível a aplicação do princípio monogâmico à união estável:

Controverte, no entanto, a jurisprudência e a doutrina acerca da aplicação do princípio monogâmico à união estável. Entendemos não ser possível essa extensão, não só por se tratar de restrição de direitos – que não admite a interpretação extensiva –, mas também porque não se pode submeter a união estável às características próprias do casamento. Se há, nas situações da vida cotidiana, duas ou mais uniões estáveis simultâneas, devem os direitos patrimoniais decorrentes ser objeto de partilha entre os companheiros simultâneos nas obrigações alimentares e na sucessão.¹⁶⁰

Outro ponto discutido quando se realiza um paralelismo entre o casamento e a união estável, no que diz respeito aos deveres de fidelidade e lealdade, respectivamente, é a presunção *pater is est*. Ela existe quanto ao cônjuge com relação aos filhos nascidos na constância do casamento (artigo 1.597). Considera-se que sejam do marido da mãe, como já abordado no capítulo 2, mas esta presunção está afastada na união estável. Ainda que a mãe tenha prova da união, como contrato de convivência ou sentença declaratória, somente o pai pode realizar o registro da criança.

3.2.2 Respeito e assistência

O dever de respeito consubstancia-se na base de qualquer relacionamento, seja ele amoroso ou não. É o fundamento da vida em sociedade. Assim como no casamento, cujos deveres preveem respeito e consideração mútuos, na união estável, os companheiros devem proteger e respeitar a vida do outro. Segundo conceito de Zeno Veloso:

Respeitar é considerar a individualidade do outro, as diferenças, e, sobretudo, não ofender ou violar os direitos da personalidade do companheiro, como os direitos à vida, à integridade, à liberdade, à honra, à imagem, à privacidade

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178/179.

etc (...) Sem respeito não há relação possível, muito menos relação afetiva, que é os substrato do companheirismo.¹⁶¹

Quanto à assistência, extremamente vinculada ao respeito, são considerados elementos éticos que permeiam a união e que mantém o vínculo. Trata-se de ajuda e cuidado que os companheiros devem ter uns com os outros em todas as circunstâncias da vida, ajudando-se mutuamente e compartilhando dores e alegrias.

O dever de assistência moral engloba o respeito e a proteção da honra do outro companheiro, tanto no aspecto objetivo quanto subjetivo, ou seja, no que concerne à reputação do outro e à sua dignidade.¹⁶² Há de ser observada, ainda, a assistência material, na qual a solidariedade entre os companheiros ocupa papel importante, principalmente no sentido da prestação de alimentos, em conformidade com o artigo 1.694 do Código Civil. Da mesma forma que no matrimônio, com o fim do relacionamento, podem os companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver, de modo compatível com sua condição social. Este entendimento é pacificado na jurisprudência, comprovadas a necessidade e a possibilidade, representando, de fato, a concretização do princípio da solidariedade familiar.

3.2.3 Guarda, sustento e educação dos filhos

O dever de guarda, sustento e educação dos filhos deve ser interpretado em consonância com o artigo 227, §6º da Constituição Federal, que proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Em virtude do princípio da igualdade jurídica entre os filhos, não há qualquer distinção entre as relações paterno-filiais na família constituída pelo casamento ou pela união estável. São aplicadas as mesmas regras quanto ao poder familiar, filiação, reconhecimento dos filhos e adoção, como já desenvolvido no tópico 2.1.3 do capítulo anterior.

¹⁶¹ VELOSO, Zeno. Código civil comentado, p. 130. *apud* TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 436.

¹⁶² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 133.

3.3 A incidência de dano moral na quebra dos deveres do casamento e da união estável

A ideia de família como a instituição que propicia a seus membros ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade trouxe maior autonomia e possibilidade de liberdade de escolhas. Este novo cenário foi possível devido à consagração da igualdade de direito entre os cônjuges.

Consequentemente, a responsabilidade civil também sofreu mudanças. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, com a cláusula geral de responsabilidade pelo risco e com as hipóteses de presunção de culpa, vigora, na atualidade, o princípio de que a vítima não pode ficar irressarcida.¹⁶³ A responsabilidade civil tem sido entendida como fonte de proteção aos direitos fundamentais, no sentido de transferir as consequências danosas para um sujeito distinto daquele que as sofreu. Neste contexto, é possível que se verifique a incidência do dano moral no direito de família.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, o dano moral configura-se em agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é uma agressão à dignidade humana:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral (...) tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.¹⁶⁴

Diante disto, o dano moral constitui-se em violação à liberdade, à igualdade,

¹⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil**. Disponível em: www.pt.scribd.com. Acesso em: 23 out. 2015.

¹⁶⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111.

à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa.¹⁶⁵ Será preciso, então, frente à colisão entre estes princípios, que haja ponderação, a partir da análise dos interesses em conflito. Nesta esteira, tem caminhado a jurisprudência quanto à incidência do dano moral no direito de família, especificamente quanto aos deveres do casamento. Faz-se necessária a avaliação do caso concreto para análise de seu cabimento.

Majoritariamente, não basta a alegação de quebra dos deveres conjugais, é preciso que fique comprovada a situação vexatória ou humilhante a que tenha sido submetido o demandante. Deve ficar configurada ofensa aos direitos da personalidade, resultantes do rompimento da relação conjugal. Assim, vem decidindo recentemente os tribunais:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE QUEBRA DOS DEVERES CONJUGAIS. ROMPIMENTO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE PROVA DO ATO ILÍCITO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. A alegada quebra de deveres matrimoniais, por si só, não é capaz de ensejar violação aos direitos da personalidade do cônjuge ofendido, sendo necessário, para o fim de se ver deflagrado o dever de indenizar, que os fatos se descortinem em um cenário que imponha ao cônjuge prejudicado situação de vexame, humilhação ou exposição demasiada, a desbordar para uma grave ofensa à honra ou a outro direito personalíssimo e extrapolar o compreensível sofrimento decorrente da ruptura da relação conjugal. Precedente desta Turma. 2. Demonstrado que a autora/recorrida somente teve conhecimento da relação, supostamente paralela e mantida por seu cônjuge, meses após a separação de fato do casal - momento em que já se achavam cessados os deveres conjugais, a teor da jurisprudência do STJ -, tampouco tendo sido comprovado que, em razão de tal conduta do varão, fora exposta a situação demasiadamente gravosa ou vexatória, mostra-se descabida a indenização por danos morais, posto que não configurada a ofensa a direito de personalidade. 3. Recurso conhecido e provido.¹⁶⁶

APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PEDIDO FUNDADO NO ADULTÉRIO DO EX-MARIDO – DESCABIMENTO – A INFIDELIDADE CONJUGAL, POR SI SÓ, NÃO CARACTERIZA DANO

¹⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. **Op. Cit.**

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federa. **Apelação Cível do Juizado Especial ACJ 20130710282487 DF 0028248-32.2013.8.07.0007**. Rel. Ministro Luis Martius Holanda Bezerra Junior. Data de publicação: 12/09/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

MORAL INDENIZÁVEL – SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – ART. 252 DO RITJSP – RECURSO DESPROVIDO.¹⁶⁷

AÇÃO DE DIVÓRCIO - PARTILHA - MEAÇÃO DE DÍVIDAS - IMPOSSIBILIDADE - SENTIMENTO DE TRAIÇÃO - DANO MORAL - AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR - INEXISTÊNCIA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO "IN SPECIE". - A infidelidade, por si só, não gera direito à indenização por danos morais. - As decepções e os aborrecimentos no restrito campo dos sentimentos não são suficientes para gerar indenização por abalo moral.- Não tendo o réu comprovado de forma segura a existência de dívida contraída na constância do casamento, inviável a pretensão de meação deste alegado passivo entre o casal.¹⁶⁸

Especificamente com relação ao dever de respeito e consideração mútuos, Caio Mário da Silva Pereira, afirma que, além da consideração social compatível com o ambiente e com a educação dos cônjuges, deve ser incluído, também, “o dever negativo de não expor um ao outro a vexames e desrespeito”.¹⁶⁹

Neste sentido, a jurisprudência construiu a *teoria dos deveres implícitos*, com destaque para os deveres de sinceridade, de respeito pela honra e dignidade própria e da família, de não expor o outro cônjuge a companhia degradante e de não conduzir a esposa a ambientes de baixa moral. A violação desses deveres, através de imputações injuriosas e ofensivas ao outro cônjuge, constitui fundamento para ação indenizatória de dano moral.

Quanto ao dever de fidelidade recíproca, vale registrar a decisão prolatada, em 21/05/2008, pelo juiz de primeiro grau da 2ª Vara Cível da Comarca de Brasília/DF, na qual o ex-marido foi condenado a pagar à ex-esposa a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por violação ao dever conjugal de fidelidade recíproca. A suposta traição teria sido descoberta por meio virtual, em salas de bate-papo, e foi

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. **Apelação 00400005220118260068 SP 0040000-52.2011.8.26.0068**. Rel. Ministro Cesar Luiz de Almeida. Data do Julgamento: 21/05/2015. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível. **Apelação Cível 10702110233724001 MG**. Rel. Min. Belizário de Lacerda. Data do julgamento:10/02/2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

¹⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 176. In: FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

discutida no bojo dos autos nº 2005.01.1.118170-3.¹⁷⁰

A autora, ex-esposa do réu, ingressou com pedido de indenização por danos morais, por ofensa à honra subjetiva e violação de seu direito à privacidade, alegando que este a traiu com outra mulher durante a vigência do casamento. A traição foi demonstrada por *emails* trocados entre o requerido e sua amante, nos quais eles compartilhavam fantasias eróticas (sexo virtual) e comentários jocosos feitos pelo traidor sobre o desempenho sexual da traída, afirmando, inclusive, que ela seria uma pessoa “fria” na cama.

Apesar de não haver divulgação pública, o juiz de direito considerou que a infidelidade virtual foi comprovada a partir da leitura das mensagens enviadas que narravam os encontros amorosos do réu com sua amante, indicando que, de fato, eles mantinham um relacionamento íntimo, inclusive com conjunção carnal, e paralelo ao casamento. Entendeu o magistrado que a honra subjetiva da autora foi atingida ao saber que seu marido, além de traí-la, não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reformou a decisão, no julgamento de apelação cível interposta contra a sentença *a quo*, em acórdão proferido em 15 de abril de 2009. Contudo, a decisão da segunda instância, em nenhum momento, negou a possibilidade de caracterização da infidelidade virtual. Ao contrário, chegou a admiti-la no caso concreto, reconhecendo expressamente, a responsabilidade civil entre cônjuges/companheiros decorrente da infidelidade.

3.4 O regime obrigatório de bens

Ao optar pelo casamento, os noivos têm liberdade para optar pelo regime de bens que melhor lhes convier. Como já abordado no capítulo 2, se esta opção não se realiza, reserva-se o Estado ao direito de adotar a comunhão parcial de bens

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Brasília. **Sentença prolatada nos autos nº 2005.01.1.118170-3.** Juiz: Jansen Fialho de Almeida, em 21/05/2008. DIREITO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS – INFIDELIDADE – SEXO VIRTUAL (INTERNET) – COMENTÁRIOS DIFAMATÓRIOS – OFENSA À HONRA SUBJETIVA DO CONJUGE TRAÍDO – DEVER DE INDENIZAR – EXEGESE DOS ARTS. 186 E 1.566 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PEDIDO JULGADO PRECEDENTE. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso: 20 out. 2015.

(artigo 1640 do Código Civil). Por outro lado, há uma exceção à liberdade de escolha dos cônjuges, na qual a vontade dos nubentes não é respeitada. De acordo com o artigo 1641, ocorre a imposição do regime da separação obrigatória: 1) quando o casamento se realiza em contraposição ao artigo 1.523, isto é, apesar das causas suspensivas; 2) entre pessoas maiores de 70 (setenta) anos e 3) quando ocorre necessidade de suprimento judicial do consentimento. Se ocorrer incidência destas três hipóteses, mesmo na ausência de convenção, omissão no ato da celebração ou realização de pacto antenupcial, o regime de separação obrigatória de bens subsistirá.

A aplicação deste regime gerou controvérsias quanto à comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, já que sua maior característica é a separação completa do patrimônio dos cônjuges. Com o intuito de dirimir esta controvérsia foi editada pelo Supremo Tribunal Federal a súmula 377, segundo a qual: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.¹⁷¹ Esse enunciado se originou da interpretação do artigo 259 do Código Civil de 1916, segundo o qual: “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”. Entretanto, este artigo não foi reproduzido pelo Código Civil de 2002, o que gerou controvérsias doutrinárias quanto à aplicação da súmula, alguns sustentando sua ineficácia e outros afirmando que, apesar da revogação, ela encontra fundamento nos princípios da solidariedade social e do enriquecimento sem causa. Este último tem sido o entendimento adotado pela maioria dos julgados.¹⁷²

Segundo Maria Berenice Dias, as circunstâncias legais de imposição do regime obrigatório de bens são, na verdade, sanções patrimoniais àqueles que “insistem” em contrair matrimônio em desobediência ao conselho legal. Entre as hipóteses elencadas pela lei, a que demonstra maior intervenção do Estado e, portanto, revela-se desarrazoada é a que impõe sanção aos nubentes maiores de 70

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Publicada no Diário Oficial de 11.05.1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

¹⁷² TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 266.

(setenta) anos.¹⁷³

A limitação da vontade em razão da idade não deve ser entendida como uma norma protetiva, e sim como restrição à liberdade de escolha dos nubentes. A intenção do legislador, em uma visão patrimonialista, despreocupada com os aspectos existenciais, era proteger os interesses da prole e evitar que as pessoas idosas corressem o risco de se sujeitar a uma união baseada em interesses econômicos.

A maior parte da doutrina questiona a constitucionalidade desta norma, dentre os quais Paulo Luiz Netto Lobo, Fredie Didier Júnior, Cristiano Chaves de Farias, Maria Helena Diniz e Silmara Juny Chinelato.

Tal disposição (...) está eivada de inconstitucionalidade, pois, além de não encontrar justificativa econômica ou moral, restringe a liberdade individual (...) verdadeira interdição compulsória, em desrespeito aos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e da liberdade de constituir entidade familiar (art. 1º, art. 5º, X, e art. 226, todos da CR).¹⁷⁴

A tutela excessiva do Estado com relação a pessoas maiores e capazes é descabida. Se os cônjuges, independentemente da idade, não apresentam limitações que impeçam a consciência de seus atos, não é admissível que lhes seja restringida a liberdade de escolha. O idoso somente por ser idoso não é civilmente incapaz, portanto, não pode ter contra si a presunção de que lhe faltem os atributos da consciência necessários ao consentimento matrimonial.

Julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo traduz como este dispositivo constitui-se em afronta à dignidade da pessoa humana:

A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo

¹⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 246.

¹⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 266/267.

constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge.¹⁷⁵

Somente quando o casamento é antecedido pela união estável é que a imposição do regime obrigatório de bens não existe, sendo possível aos noivos optarem pelo regime que desejarem. Nos outros incisos do artigo 1.641, é possível que se verifique a tentativa de proteção do patrimônio, seja dos noivos ou de terceiros. Há, nestes casos, a possibilidade de não serem aplicadas as causas suspensivas do casamento por determinação judicial (artigo 1.523, § único). Com relação aos idosos, por outro lado, não há qualquer possibilidade de suprimento judicial e predomina a presunção de incapacidade mental. A norma legal não possui justificativa axiológica e o legislador limita a capacidade dos nubentes, promovendo-lhes a incomunicabilidade absoluta do patrimônio.

Mesmo que provem a sinceridade do seu amor, sua higidez mental e nem têm família a quem deixar seus bens. Não há opção. A lei é implacável. Ora, se a seqüela legal pode ser afastada para os demais, nada justifica que não possa ser eliminada para os sexagenários (septuagenários, de acordo com a redação dada pela Lei 12.344 de 9-12-2010).¹⁷⁶

Existe, ainda, afronta ao princípio da isonomia, pois a restrição do regime obrigatório para maiores de 70 (setenta) anos não se aplica à união estável. Por que, então, manter este tratamento desigualitário para o casamento?

Da mesma forma, não há propósito que justifique o regime obrigatório de bens para todos que dependem de suprimento judicial do consentimento para casar, conforme se depreende do inciso III do artigo 1.641. Os menores de 18 (dezoito) anos que desejem se casar precisam de autorização de ambos os pais (artigo 1.517). Havendo divergência entre eles ou sendo considerada injusta a denegação

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. **Apelação cível nº 007.512-4/2-00**. Rel. Des. Cezar Peluso. Data do julgamento: 18/08/1998. Disponível em: <http://brs.aasp.org.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 247.

o juiz pode suprir esta ausência em observância ao artigo 1.519. Entretanto, o suprimimento judicial não se aplica quando há resistência descabida de ambos os genitores em concordarem com as núpcias. Revela-se, dessa forma, injusto o regime de incomunicabilidade dos bens e, por conseguinte, a punição imposta pelo Estado, visto que a própria justiça chancela a realização do matrimônio.

Assim, como se justifica a liberalização da penalização para os noivos menores de 18 (dezoito) anos, que os pais sequer concordaram com o casamento, e a ausência de liberdade de escolha para os noivos com mais de 70 (setenta) anos?

Em consonância com o artigo 1.523, I do Código Civil, o viúvo que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não for aberto o inventário e feita a partilha, será submetido à obrigatoriedade do regime legal de separação. Mais uma vez, comprova-se a tutela estatal excessiva na busca de proteção do patrimônio, já que o interesse dos filhos se encontram preservados pelo instituto da hipoteca legal sobre os imóveis do genitor, de acordo com o artigo 1.489, II do Código Civil.

A ausência da partilha de bens de matrimônio anterior (artigo 1.523, III) também se caracteriza como causa suspensiva do casamento, ocasionando a imposição do regime de separação obrigatória de forma infundada. A prévia partilha é dispensável para a decretação do divórcio, de acordo com o artigo 1.581 do código, e nem mesmo a conversão da separação em divórcio está condicionada á partilha. Assim, verifica-se que as questões relativas ao patrimônio não geram impedimento para o divórcio e não deveriam obstaculizar novo matrimônio com base no fundamento de participação de bens. Como já mencionado, a hipoteca legal assegurada aos filhos sobre os imóveis dos pais, enquanto não é realizada a partilha, pode ser instituída em caso de divórcio.

CONCLUSÃO

O conceito de família passou por transformações em virtude da evolução da sociedade. Diante dos princípios advindos da Constituição Federal de 1988, fundamentalmente, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, já não se admite a intervenção desmedida do Estado no Direito de Família.

Quando se trata de pessoas capazes, que livremente optam por um relacionamento, ou seja, que decidem estabelecer uma vida em comum, não cabe ao Estado determinar regras a respeito de como estas relações serão estabelecidas. Todas as entidades familiares são dignas da proteção estatal, devendo ser respeitada a pluralidade das formas de família.

No decorrer do presente trabalho, discutiu-se a intervenção do Estado nos deveres do casamento e da união estável e a imposição do regime obrigatório de bens. A partir da análise dos dispositivos do Código Civil, foi possível verificar os resquícios patrimonialistas e patriarcalistas existentes, que não se coadunam com a realidade atual.

Ao Estado, não cabe ditar regras, e sim atuar de maneira promocional, garantindo a assistência de cada um dos membros da família. Na verdade, sua intervenção precisa se dar em situações extremas, como *ultima ratio*. Em uma sociedade livre e democrática, o que se espera é a preservação do espaço de intimidade das pessoas nas relações conjugais e a promoção dos direitos fundamentais de cada um dos que compõem o núcleo familiar.

Quando se aborda o Direito de Família, indiscutivelmente, há de se ponderar entre o interesse público e a autonomia privada. Entretanto, uma análise à luz da Constituição Federal leva à defesa do princípio da intervenção mínima do Estado com base na compreensão da dignidade humana enquanto centro do sujeito e, conseqüentemente, das relações jurídicas.

O que se espera do Estado é unicamente tutela, que não implica intervenção. A atuação estatal deve respeitar o conteúdo pessoal da conjugalidade, com espaços não interventivos, destinados à intimidade das decisões de cada casal. Esta não intervenção representa a reserva da intimidade, um espaço não legislado que propicia a plena realização das personalidades e do desenvolvimento individual no espaço relacional. Hodiernamente, a intervenção estatal na esfera familiar,

especificamente na conjugalidade, procurando dar um direcionamento específico aos comportamentos e papéis dos sujeitos, não encontra mais espaço.

A afirmação da individualidade, a igualdade entre os sexos e a privatização do amor proporcionaram aos cônjuges buscar, na relação conjugal, o que efetivamente querem e não necessariamente o que o modelo jurídico correspondente lhes oferece. Trata-se do exercício efetivo da vontade, em respeito à individualidade e à autonomia do casal, que é livre para construir sua relação com conteúdo próprio.

O Estado não deve regular as normas de convivência no seio da família. Ao contrário, deve permitir a cada um o desenvolvimento de sua personalidade, propiciando a autonomia privada e o alcance da felicidade. Agindo dessa forma, configurar-se-á como Estado protetor-provedor-assistencialista, verdadeiro garantidor do desenvolvimento integral da família.

REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís; OLIVEIRA, Letícia de. **Comissão aprova definição de família como união entre homem e mulher**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/09/comissao-aprova-definir-familia-como-uniao-entre-homem-e-mulher.html>>. Acesso em: 19 set. 2015.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 44 e DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Espécies atuais de casamento e de união estável**. In: revista nacional de direito de família e sucessões. Ano I, nº 1, coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Magister, 2014

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em 26 out. 2014.

_____. Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

_____. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

_____. Planalto. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

_____. Planalto. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 26 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.418.167**. Quarta Turma. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do Julgamento: 24/03/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/181662283/andamento-do-processo-n-1418167-ce-do-dia-16-04-2015-do-stj>>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1119462/MG**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 26/02/2013. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2013-02-26;1119462-1253358>>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.183.378**. Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do julgamento: 25/10/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma- **AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 329.879 – PE (2013/0111362-9** – Relator: ministro Humberto Martins, data do julgamento: 15/08/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24134731/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-329879-pe-2013-0111362-9-stj/inteiro-teor-24134732>>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.194.059-SP**. Relator: ministro Massami Uyeda, data do julgamento: 06/11/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj/inteiro-teor-22665056>>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Rel. Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Publicada no Diário Oficial de 11.05.1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Brasília. **Sentença prolatada nos autos nº 2005.01.1.118170-3**. Juiz Jansen Fialho de Almeida, em 21/05/2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-24/justica_aceita_troca_mensagens_prova_traicao>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível. **Apelação Cível 10702110233724001 MG**. Rel. Ministro Belizário de Lacerda. Data do julgamento: 10/02/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119393915/apelacao-civel-ac-10702110233724001-mg/inteiro-teor-119393962>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. **Apelação Cível do Juizado Especial ACJ 20130710282487 DF 0028248-32.2013.8.07.0007**. Rel. Ministro Luis Martius Holanda Bezerra JunioR. Data de publicação: 12/09/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=QUEBRA+DO+DEVER+CONJUGAL>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. **Apelação cível nº 007.512-4/2-00**. Rel. Des. Cezar Peluso. Data do julgamento: 18.08.1998. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=21&r=402&s1%20=posse&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp%3E>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. **Apelação 00400005220118260068 SP 0040000-52.2011.8.26.0068**. Rel. Ministro Cesar Luiz de Almeida. Data do Julgamento: 21/05/2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190572483/apelacao-apl-400005220118260068-sp-0040000-5220118260068>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14/05/2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 19 out. 2015.

CONJUR.COM. Revista eletrônica. **Comissão de Diversidade da OAB critica Estatuto da Família aprovado na Câmara**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-28/comissao-diversidade-oab-critica-estatuto-familia>>. Acesso em: 19 set. 2015.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora das Américas S.A., 1961, p. 131.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

DIAS, Maria Berenice. **A união estável. Em conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 104. In: NAMUR, Samir. A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIDONE, André Rubens. **A influência das ordenações afonsinas, manoelinas e filipinas na formação do direito brasileiro do primeiro império**. 2000-2009. Disponível em: <<http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/292/2/tese%20doutorado%20Prof%20Didone.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2015.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961.

FRÓES NETO, Edgard Borba. **Contrato de convivência e suas repercussões no direito sucessório**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Contrato%20de%20Conviv%C3%Aancia%2013_09_2011.pdf>. Acesso em: 19 set. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil / família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Violência contra a mulher**. Disponível em: <<http://teen.ibge.gov.br/noticias-teen/2822-violencia-contra-mulher>>. Acesso em: 07 out. 2015.

LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família: família e relações de poder transformação funcional familiar a partir do direito privado**. Curitiba: Juruá, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. JusNavigandi, Teresina, ano 9, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6929>>. Acesso em: 02 nov. 2009

_____. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARANHÃO, Fabiana. **Afinal, para que serve o Estatuto da Família?** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/10/02/afinal-para-que-serve-o-estatuto-da-familia.htm>>. Acesso em: 19 set. 2015.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. 3. Ed. V. I. São Paulo: Max Limonad, 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 2, 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil**. Disponível em: <www.pt.scribd.com>. Acesso em: 23 out. 2015.

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

OLIVEIRA, Rosika Darcy de. *Jornal O Globo*. Coluna Opinião. 10/10/2015, página 18. Rio de Janeiro: Globo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 176. In: FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito das famílias: entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissa Metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELOSO, Zeno. Código civil comentado, p. 130. In: TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil comentado conforme a constituição da república**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, **Direito das sucessões**, 3ª ed. São Paulo: Atlas.

_____. **Direito civil: direito de família**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UFRRJ – ITR / BIBLIOTECA

Da Intervenção do Estado na Relação Conjugal: Considerações à luz
do Código Civil de 2002

Pinheiro, Márcia de Moura e Sousa /
Márcia de Moura e Sousa Pinheiro – 2015.

92 f.

Orientadora: Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza
Direito Civil – Monografia. 2. Direito de Família – Monografia.
3. Intervenção do Estado na Família - Monografia.
Monografia (Graduação em Direito). Instituto Três Rios, Universidade
Federal Rural do Rio de Janeiro - Faculdade de Direito.