



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEILA GUILHERME RIBEIRO DO VALLE

**INTERVENÇÃO ESTATAL NA UNIÃO ESTÁVEL: A MITIGAÇÃO DA
LIBERDADE NA ESCOLHA DA ENTIDADE FAMILIAR**

Recife

2022

LEILA GUILHERME RIBEIRO DO VALLE

**INTERVENÇÃO ESTATAL NA UNIÃO ESTÁVEL: A MITIGAÇÃO DA
LIBERDADE NA ESCOLHA DA ENTIDADE FAMILIAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. Humberto João Carneiro Filho

Recife

2022

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

V181i Valle, Leila Guilherme Ribeiro do.
Intervenção estatal na união estável: a mitigação da liberdade na escolha da entidade familiar / Leila Guilherme Ribeiro do Valle. -- Recife, 2022.
148 f.

Orientador: Prof. Dr. Humberto João Carneiro Filho.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,
2022.

Inclui referências.

1. Direito de Família - Brasil. 2. Princípio da Liberdade. 3. Casamento.
4. União Estável. 5. Equiparação. I. Carneiro Filho, Humberto João (Orientação).
II. Título.

346.81015 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2023-17)

LEILA GUILHERME RIBEIRO DO VALLE

**INTERVENÇÃO ESTATAL NA UNIÃO ESTÁVEL: A MITIGAÇÃO DA
LIBERDADE NA ESCOLHA DA ENTIDADE FAMILIAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado.

Aprovado em: 12/08/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Humberto João Carneiro Filho (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Junior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Profa. Dra. Fabiola Albuquerque Lobo (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Atalá Correia (Examinador Externo)
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

À minha família, em especial aos meus pais,
irmãos e esposo, por constantemente me
ensinarem sobre amor – e liberdade.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, é necessário agradecer a Deus e à Santa Rita por me abençoarem ao longo dessa trajetória;

Um agradecimento mais do que especial – e não sei se conseguirei ser breve – ao meu orientador, professor, amigo e padrinho de casamento Prof. Dr. Humberto Carneiro. Tive o privilégio de ser a sua primeira orientanda de mestrado e digo: ser sua orientanda é, sem sombra de dúvidas, um privilégio. A dedicação, o empenho, a vontade de mostrar o que o mundo acadêmico tem de melhor a oferecer – com reuniões mensais, orientação em projeto de PIBIC, estágio de docência – fizeram a diferença ao longo dos meus dois anos de mestrado. Se tenho orgulho do trabalho que consegui produzir, não o teria conseguido sem suas observações, correções e críticas. Você, sem dúvidas, meu amigo, faz-me uma pesquisadora melhor: meu eterno muito obrigada;

Aos professores do Programa em Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em especial aos professores Larissa Leal, Fabíola Lôbo, Roberto Paulino e Venceslau Tavares, por todo o conhecimento compartilhado dentro e fora das salas de aula;

Aos meus pais, Ruth Guilherme e Mauro Valle, com um agradecimento especial para minha mãe, uma das musas inspiradoras para perseguir a vida acadêmica: concluindo esse mestrado, tenho ainda mais certeza da guerreira que você é ao fazer mestrado e doutorado depois de anos de formada, com marido, três filhos e vários empregos;

Ao meu esposo, Yuri Coriolano, que começou esse mestrado comigo como meu namorado (ou seria companheiro?), noivo e agora marido: nosso relacionamento, cheio de liberdade, foi de certeza da inspiração para a elaboração dessa dissertação e eu não chegaria aonde estou sem o seu apoio, companheirismo e compreensão;

Aos meus familiares, em especial aos meus irmãos Carolina Guilherme e Rafael Guilherme, bem como aos meus cunhados Aldo Alexandre e Rafael Chagas e as minhas primas Beatriz do Valle, Letícia do Valle e Laís do Valle, por toda a paciência, compreensão e momentos de descontração quando eu mais precisei;

À Nice, minha segunda mãe, que segue cuidando de mim tão bem;

Às minhas amigas, Marília Chiappetta, Natália Nery e Lígia Amorim, companheiras de graduação que me acompanham e me apoiam em todas as minhas empreitadas de estudo;

Às minhas amigas de infância, por compreenderem minha ausência, meus estresses e continuarem na torcida por mim, desde sempre e para sempre;

A Lucas Pedrosa, amigo-irmão, por sua paciência nos meus momentos introspectivos e por cada ligação se oferecendo para ajudar a finalizar este trabalho;

Aos amigos que fiz ao longo do mestrado, Carlos Dantas, Leonardo Cocentino e Maria Helena Bancillon, por compartilharem comigo toda essa trajetória, desde nossos encontros virtuais semanais até a troca constante de informações, inseguranças e questionamentos;

Aos meus colegas de trabalho do Gabinete do Des. Fábio Eugênio Dantas, pela convivência diária e o contínuo estímulo para estudar mais e ser uma servidora pública melhor;

Aos meus colegas de trabalho do Gabinete do Des. Eduardo Paurá, em especial Lucas Santillo e José Napoleão, por todo o apoio, estímulo e torcida, desde o processo seletivo até a defesa;

Aos colegas do grupo de pesquisa, ainda com nome em formação, representados aqui na pessoa de Elizabeth Guimarães, por me manterem empolgada com o estudo de Direito Civil.

Eduquem os seus filhos, eduquem-se a si mesmos, no amor da liberdade alheia, único meio de não ser a sua própria liberdade uma doação gratuita do Destino, e de adquirirem a consciência do que ela vale, e coragem para defendê-la. (NABUCO, 2003, p. 206)

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar se as equiparações realizadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça estão mitigando o princípio da liberdade na escolha do regime jurídico conjugal. A partir da metodologia da aplicação indireta dos princípios nas relações privadas, estudou-se o princípio da liberdade no direito de família e, de forma mais específica, a liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal, a qual guarda intrínseca relação com o desenvolvimento histórico da união estável no direito brasileiro. Diante da previsão constitucional de que casamento e união estável são entidades familiares distintas, buscou-se analisar as principais diferenciações constantes no Código Civil de 2002, envolvendo os institutos jurídicos, de modo a compreender como foram dispostas as principais distinções entre eles, a exemplo dos seus suportes fáticos e natureza jurídica, e de seus modos de constituição e dissolução. A partir destas diferenças, o trabalho realizou um estudo qualitativo dos principais julgados que serviram de paradigma para a construção do atual entendimento dos tribunais superiores brasileiros acerca da necessidade de equiparação dos efeitos da união estável e do casamento, analisando se nos julgamentos houve a preocupação com a eventual mitigação do princípio da liberdade no momento da escolha do regime jurídico conjugal. A grande preocupação com o princípio da igualdade nas relações familiares, sem maiores considerações com o princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal, bem como a ausência de critérios metodológicos precisos para a realização das equiparações dos efeitos entre os institutos pelos tribunais superiores, demonstram a intensa intervenção do estado nas relações familiares conjugais, fazendo com que os particulares busquem maiores alternativas para proteger seus relacionamentos amorosos, a exemplo da elaboração do contrato de namoro. Ademais, a total equiparação dos efeitos da união estável e do casamento mitiga a liberdade dos casais no momento da escolha do regime jurídico conjugal, na medida em que o exercício da liberdade estar-se-ia limitado, apenas, ao modo de constituição do casamento, podendo-se falar em casamento de fato e de direito, o que caminhará para a extinção da união estável e do princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: princípio da liberdade; casamento; união estável; equiparação.

ABSTRACT

This work aims to analyze if the comparisons made in the precedents of the Brazilian Federal Supreme Court and the Brazilian Superior Court of Justice are mitigating the principle of freedom in the choice of the family property regime. Considering the indirect application of principles in private relationships, the principle of freedom in family law was studied, more specifically, the freedom during the decision of the family property regime, which is intrinsically related to the historical development of the steady union under Brazilian law. In light of the constitutional provision that marriage and steady union are distinct family entities, this work sought to analyze the main differences contained in the Brazilian Civil Code of 2002, involving these two entities, in order to understand how the main distinctions between them were arranged, such as their factual basis and legal nature, and their forms of constitution and dissolution. From these differences, the work carried out a qualitative study of the main precedents that served as a paradigm for the construction of the current position of the Brazilian higher courts about the need to equalize the effects of steady union and marriage, analyzing whether in the precedents there was a concern with the possible mitigation of the principle of freedom during the moment of choosing the family property regime. There was a great concern, among the precedents, with the principle of equality in family relationships, without, however, having greater considerations with the principle of freedom when choosing the family property regime, or precise methodological criteria to make the equalization of the effects between the marriage and steady union by the higher courts, a situation that entails greater legal uncertainty for individuals and mitigates the principle of freedom at the time of choosing the family property regime. Considering the current scenario, there are people who seek alternatives to protect themselves from state intervention in their relationships, through the drafting of a relationship agreement, and there are those who defend the end of the steady union, with the adoption of a tacit or an officially expressed marriage under the Brazilian legal system. Currently, there is still freedom for couples when choosing the family property regime, since there are still substantial differences between steady union and marriage, in addition to their mode of constitution and dissolution, which justify the coexistence of both family entities in the right to Brazilian family. The continuous equalization of the effects of a steady union and marriage in a disorderly manner could lead, in the long term, to the extinction of the steady union in the Brazilian law, leaving its differences basically in its form of constitution and dissolution, implying a great stain on the principle of freedom at the time of choosing the family property regime.

Keywords: principle of freedom; Wedding; steady union; equalization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADFAS	Associação de Direito de Família e das Sucessões
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC/1916	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
IAB	Instituto dos Advogados Brasileiros
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E O DIREITO DE FAMÍLIA	18
2.1	CORRELACIONANDO CONCEITOS: LIBERDADE, AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA	20
2.2	LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	25
2.3	DIRIGISMO ESTATAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: É POSSÍVEL FALAR EM LIBERDADE?.....	28
2.4	LIBERDADE NA ESCOLHA NO MODELO JURÍDICO DE FAMÍLIA CONJUGAL: UMA INTÍNSECA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	32
2.4.1	O período anterior ao Código Civil de 1916: o concubinato	32
2.4.2	O período entre Códigos e a proliferação da legislação extravagante reconhecendo direitos aos companheiros.....	35
2.4.3	Constituição de 1988: união estável como entidade familiar.....	41
2.4.4	A promulgação do Código Civil de 2002: casamento, união estável e a possibilidade de escolha do modelo jurídico conjugal.....	44
3	HIERARQUIZAÇÃO OU LIBERDADE DE ESCOLHA? AS PRINCIPAIS DISTINÇÕES ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	47
3.1	SUPORTE FÁTICO E NATUREZA JURÍDICA.....	48
3.2	A FORMA DE CONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL	55
3.3	EM PARALELO: A DIFERENÇA NA FORMA DE DISSOLUÇÃO ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL	63
3.4	A DIFERENCIAÇÃO NO REGIME SUCESSÓRIO E AS JUSTIFICATIVAS CONSTANTES NO PROJETO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	69
3.5	OUTRAS DISTINÇÕES ENTRE A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO	74

4 MITIGAÇÃO DA LIBERDADE: A CONSTANTE EQUIPARAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO APÓS O CÓDIGO CIVIL DE 2002 PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES	77
4.1 SEPARAÇÃO LEGAL DOS BENS DO COMPANHEIRO MAIOR DE 70 ANOS	78
4.2 A ADOÇÃO DO SOBRENOME PELO COMPANHEIRO	81
4.3 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE	83
4.4 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CC/2002	86
4.5 ALTERAÇÃO DO ESTADO CIVIL E MANUTENÇÃO DE PENSÃO POR MORTE DE FILHA DE MILITAR CONVIVENTE EM UNIÃO ESTÁVEL	98
4.6 A ALTERAÇÃO E DECLARAÇÃO DO REGIME DE BENS NO CURSO DA UNIÃO ESTÁVEL	103
5 A NOVA REALIDADE: AINDA É POSSÍVEL FALAR EM LIBERDADE NA ESCOLHA DO MODELO JURÍDICO CONJUGAL?	109
5.1 IGUALDADE x LIBERDADE: ESTAMOS FALANDO DE PROTEÇÃO OU INTERVENÇÃO DO ESTADO?	110
5.2 A BUSCA PELA MANUTENÇÃO DA LIBERDADE: A ELABORAÇÃO DO CONTRATO DE NAMORO	116
5.3 ENTIDADES FAMILIARES CONJUGAIS E A POSSIBILIDADE DE EFEITOS JURÍDICOS DISTINTOS	122
5.4 SERIA O FIM DA UNIÃO ESTÁVEL? A DISCUSSÃO SOBRE O CASAMENTO DE FATO E DE DIREITO	126
6 CONCLUSÕES	133
REFERÊNCIAS	136

1 INTRODUÇÃO

O direito de família é bastante influenciado pelo mundo dos fatos, sendo certo de que, à medida em que as pessoas vão se relacionando, o conceito de família vai se transformando.

Centralizado na estrutura do casamento, o direito de família brasileiro anterior à Constituição de 1988 colocava à margem os relacionamentos amorosos que não eram constituídos pelo vínculo matrimonial.

Ante esta situação fática, o ordenamento jurídico precisou buscar soluções – para além da seara familiar – no campo do direito obrigacional, previdenciário, entre outros, de modo a não perpetuar injustiças e de proteger a parte economicamente mais fraca daquela relação – na maioria das vezes, mulheres.

Em 1988, a Constituição Federal explicitou, em seu artigo 226, a união estável ao lado do casamento como uma entidade familiar, conferindo liberdade para os particulares no momento de constituir suas famílias conjugais, na medida em que esses relacionamentos estão, a partir de então, sob a tutela do direito de família. Assim, foi necessário que legislações específicas cuidassem de traçar as diretrizes básicas desse novo modelo de entidade familiar conjugal, sendo promulgadas as Leis n^{os} 8.971/1994 e a n^o 9.278/1996, as primeiras legislações a tratarem especificamente da união estável.

Após esses avanços legislativos, foi promulgado o Código Civil de 2002, que cuidou de dispor especificamente sobre ambas as entidades familiares em seu livro dedicado ao Direito de Família. As disposições relativas ao casamento foram, em sua maioria, reproduções e desenvolvimento do Código Civil anterior, que já disciplinava exhaustivamente este instituto. Por outro lado, os dispositivos que tratavam da união estável foram inseridos de modo a adaptar o Projeto de Código Civil – que se iniciou em meados dos anos 1970 – para a nova realidade familiar brasileira estabelecida pela Constituição Federal de 1988, tomando por base as legislações anteriores que iniciaram a regulamentação da matéria.

Considerando a diretriz constitucional de que se tratam de institutos jurídicos distintos – na medida em que o Constituinte deixou claro que colocou ao lado do casamento como entidade familiar e afirmou que se deveria facilitar a conversão da união estável em casamento – o legislador infraconstitucional apontou quais dispositivos seriam aplicáveis para ambas as entidades familiares conjugais, bem como estipulou regramentos que seriam específicos para cada uma delas.

De início, é possível citar as principais – e mais marcantes – diferenças entre a união estável e o casamento, a saber: suporte fático, natureza jurídica, forma de constituição, de dissolução.

No tocante à natureza jurídica da união estável, o presente trabalho adotará a corrente majoritária que compreende a união como um ato-fato jurídico, sendo certo de que a manifestação expressa de vontade não é determinante para a sua configuração. Considerando o conceito de união estável previsto no art. 1.723 do Código Civil, para que esta se constitua, é necessário a presença de seus elementos constituidores, sendo a sua principal característica de ordem subjetiva, a saber: a *affectio maritalis*.

Desta maneira, cabe aos particulares provar se naquele relacionamento havia – ou não – o escopo de constituir família para que seja reconhecida a união estável, o que vem se tornando cada vez mais complexo de se avaliar.

Este problema ocorre porque, diante das transformações da sociedade, as diferenças entre namoro e união estável estão cada vez menor, na medida em que a constituição de uma união estável prescinde de limites temporais ou da necessidade de coabitação. Por outro lado, os namoros atuais estão cada vez mais intensos, nos quais os casais de namorados viajam juntos, dormem juntos e frequentam os ambientes familiares de ambos.

Nos dias atuais, distinguir um namoro de uma união estável é uma tarefa árdua para o Judiciário. A situação se agrava quando se observa a constante intervenção do Estado na união estável, com o escopo de equiparar seus efeitos ao do casamento, em observância ao princípio da igualdade nas relações familiares.

Ab initio, vislumbra-se duas possíveis consequências relevantes decorrentes dessa intervenção: a eventual mitigação da liberdade das partes na escolha da sua entidade familiar conjugal e a insegurança jurídica oriunda das decisões judiciais que declaram a união estável sem a presença de uma das partes, na qual um solteiro pode ser declarado como convivente em união estável e ter como consequência os efeitos jurídicos decorrentes do casamento.

Por outro lado, não se observa nenhum meio de proteção dos particulares contra este eventual reconhecimento de união estável, haja vista que a doutrina brasileira não admite o contrato de namoro, *de per se*, como forma de afastar a configuração da união estável. Além disso, caso as partes optem por realizar uma declaração de união estável com separação absoluta de bens, esta terá, no mínimo, efeitos sucessórios de grande repercussão patrimonial, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e equiparou os efeitos sucessórios do casamento para a união estável.

A partir dessas considerações iniciais, a presente dissertação pretende, precipuamente, investigar se a intervenção estatal na união estável, através de decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, trazendo efeitos práticos idênticos ao do casamento, acarretou na mitigação da liberdade dos casais no momento de escolher o seu modelo de regime jurídico conjugal.

Para tanto, procurar-se-á analisar as nuances do princípio da liberdade no direito civil, bem como a sua incidência no direito de família, correlacionando com o desenvolvimento da união estável no direito brasileiro. Além disso, buscar-se-á confrontar os efeitos jurídicos do casamento e da união estável, bem como analisar os principais precedentes do STF e STJ que equipararam os efeitos jurídicos do casamento para a união estável, discutindo as eventuais consequências jurídicas que podem surgir para as partes em razão dessa equiparação.

Estruturalmente, a dissertação encontra-se organizada em quatro capítulos e buscou-se organizá-la, em certa medida, considerando a cronologia da união estável no ordenamento jurídico brasileiro: a partir do Código Civil de 1916, momento em que não havia qualquer disposição acerca da união estável até os dias atuais, com as interpretações jurisprudenciais dos tribunais superiores em relação ao instituto, positivado no Código Civil de 2002.

O primeiro capítulo se propõe a discorrer sobre o princípio da liberdade e o direito de família e estabelecer as bases metodológicas que serão utilizadas ao longo de toda dissertação, correlacionando os conceitos de liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada e determinando como se adotará, neste trabalho, a aplicação dos princípios nas relações privadas. Outrossim, buscar-se-á estabelecer uma relação entre o princípio da liberdade na escolha da entidade familiar, com o desenvolvimento histórico da união estável no direito brasileiro, fazendo uma análise histórico-evolutiva do instituto, tendo como marco inicial a elaboração do Código Civil de 1916 até a promulgação do Código Civil de 2002.

Iniciando os questionamentos se as diferenças entre a união estável e o casamento são uma forma de hierarquização entre as entidades familiares ou uma exasperação da liberdade de escolha dos particulares, o capítulo segundo explorará as principais distinções entre os institutos previstas no Código Civil de 2002, precipuamente no tocante ao suporte fático, natureza jurídica, forma de constituição e dissolução, bem como os efeitos sucessórios.

No terceiro capítulo, a partir de uma pesquisa qualitativa, abordar-se-á a jurisprudência dos tribunais superiores após a promulgação do Código Civil de 2002, debruçando-se de forma pormenorizada sobre o inteiro teor dos acórdãos paradigmáticos que estabeleceram equiparações de efeitos do casamento com a união estável e que são reproduzidos até os dias atuais, com o intuito de compreender como o entendimento jurisprudencial foi se construindo

e quais os fundamentos utilizados para a realização das equiparações: foi sempre utilizada a mesma fundamentação para tanto? Houve preocupação com o princípio da liberdade no momento da escolha familiar?

Por fim, o quarto e último capítulo dialogará com os capítulos anteriores para debater as principais indagações e consequências da constante equiparação dos efeitos da união estável e do casamento: as equiparações realizadas seriam exemplo de proteção ou intervenção do Estado na entidade familiar? Institutos jurídicos distintos podem ter efeitos jurídicos distintos? Haveria razão, atualmente, de se falar em casamento e união estável ou estamos caminhando para o fim desta última?

2 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E O DIREITO DE FAMÍLIA

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas que se relacionam entre si, buscando a formação de um sistema unitário, completo e coeso¹. Nesse sentido, pode-se afirmar que regras e princípios são normas jurídicas, posto que ambas dizem o dever-ser².

Assim, a distinção entre regras e princípios é, em verdade, uma diferença entre duas espécies de norma, sendo a mais usual aquela que define os princípios como normas com caráter mais genérico, enquanto as regras são mais determinadas, com grau de generalidade relativamente baixo³.

No tocante à relação entre regras e princípios, para Marcelo Neves, trata-se de uma relação cíclica, sendo dois polos normativos fundamentais da concretização jurídica:

Nessa hipótese, as regras, embora sejam balizadas ou mesmo construídas a partir de princípios, servem à domesticação desses, viabilizando, em caráter definitivo, o fechamento da cadeia argumentativa que contorna a interpretação e aplicação concreta do direito. É nesse sentido que as regras são hercúleas. Enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, instigando, à maneira de Hidra, problemas argumentativos, as regras tendem a fechá-lo, absorvendo a incerteza de que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa. A incerteza é qualificada, e a complexidade torna-se relativamente estruturada (ou estruturável) por força dos princípios jurídicos, pois eles dão certos contornos e pontos de referência – ancorados em expectativas normativas presentes na sociedade e nos diretamente envolvidos no processo – à discussão travada na busca de solução do caso, mas só as regras viabilizam a transformação da incerteza do ponto de partida à certeza obtida com a decisão. Só as regras levam à redução de complexidade ou à seleção suscetível de determinar a solução do caso⁴.

Nesse sentido, considerando as constantes transformações da sociedade, nem sempre o direito posto consegue resolver todas as problemáticas que vão surgindo ao longo do tempo. Para tanto, os princípios conferem certa maleabilidade ao ordenamento jurídico, com o intuito de suprir as lacunas existentes, enquanto as regras conferem maior segurança jurídica para a aplicação destes princípios, na medida em que “reduzem a complexidade dos princípios, possibilitando a passagem de um estado de incerteza inicial para a certeza no final do procedimento de solução do caso”⁵

¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 20.

² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 87.

³ Idem, 2014, p. 87.

⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. XX-XI.

⁵ Idem, 2019, p. 58.

Os princípios não se aplicam indistintamente a todos os ramos do direito, sendo certo de que existem princípios específicos de direito constitucional, direito administrativo, da teoria geral do direito civil e mais especificamente, princípios do direito de família.

A doutrina especializada não é uníssona sobre quais seriam especificamente os princípios do direito de família. Entretanto, é possível observar alguns princípios em comum, a saber: o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade familiar, da afetividade, do melhor interesse da criança e da liberdade familiar⁶.

No tocante a este último, em que pese a grande maioria⁷ da doutrina elencar a ideia de liberdade no direito da família como um dos seus princípios estruturantes⁸, há de se destacar uma ausência de uniformidade terminológica, na medida em que este mesmo princípio é tratado como princípio da liberdade e/ou princípio da autonomia privada e/ou princípio da não intervenção em direito de família.

Assim, para o presente trabalho, faz-se necessário, em primeiro lugar, distinguir os conceitos de liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada, com o propósito de compreender como esse princípio é aplicável ao direito de família brasileiro.

⁶ Paulo Lobo, por exemplo, ainda traz como princípios do direito de família a responsabilidade familiar e a convivência familiar. *In*: LOBO, Paulo. **Direito Civil – Volume 5: Famílias**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Por sua vez, Maria Berenice Dias defende a existência do princípio da felicidade aplicável ao direito de família. *In*: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Já Rolf Madaleno elenca entre os princípios do direito de família, o princípio da diversidade familiar e da proteção da prole. *In*: MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁷ Em pesquisa realizada nos principais manuais de direito de família, apenas quatro, dos treze manuais consultados, não falavam em princípio da liberdade ou autonomia privada no âmbito do direito de família, a saber: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Washigton de Barros Monteiro. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010; VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 16 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016; NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Volume 5: direito de família**. 7 ed. rev. atual. ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2016; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 24 ed. rev. atual. ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume 5: Direito de Família**. 24 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Volume 5: Direito de Família**. 12 ed. rev. atual e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2017; BAPTISTA, Silvio Neves (org.) **Manual de Direito de Família**. 3 ed. Recife: Bargaço, 2014; OLIVEIRA, José Camartine Correia & MUNIZ, Francisco José Pereira. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Jenuá, 2010; LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017; MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

2.1 CORRELACIONANDO CONCEITOS: LIBERDADE, AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

Em linhas gerais, podemos definir a liberdade como a possibilidade de agir de acordo com as nossas convicções e vontades. Todavia, a palavra liberdade é polissêmica, tendo mais de um significado a depender do contexto em que for utilizada⁹.

Em discurso realizado no Ateneu Real de Paris de 1819, Benjamin Constant¹⁰ diferenciou o que seria a liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. Isto porque, para o autor, a liberdade dos antigos consistia na participação direta das atividades públicas, elaborando leis, opinando diretamente sobre a participação em guerras, entre outros, havendo uma total sujeição ao Estado¹¹.

Por outro lado, os modernos passaram a valorizar mais a liberdade privada do que a pública, sendo então ela agora compreendida como a possibilidade de se submeter apenas às leis, ao direito de ir e vir e ao direito de propriedade¹².

É importante ter em mente o contexto histórico para entender os porquês dessa mudança de perspectiva sobre a liberdade. No final do século XVIII, as ideias iluministas de John Locke, Montesquieu, Rousseau e Adam Smith inspiraram a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1787), as Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Constituição da França (1791), dando início, na idade contemporânea, ao Estado Liberal.

⁹ “São vários os enfoques pelos quais podemos compreender a liberdade. Vejamos alguns deles. A liberdade de pensamento diz respeito a todas as outras formas de liberdade: como poderíamos falar em liberdade ética e política e de expressão, sem antes pressupor a liberdade de pensamento? De que adiantaria só pensar se não pudéssemos sequer tentar pôr em prática nossas ideias? É por meio da liberdade de pensamento que assumimos a vida adulta, superando preconceitos, dogmas, ideologias e censuras, e realizamos o ideal iluminista expresso por Kant na máxima ‘Use pensar por si mesmo’. A liberdade ética pressupõe um sujeito moral capaz de decidir com autonomia diante do que considera bem ou mal (...) a liberdade política se expressa no espaço público ocupado pelo cidadão, figura central que participa dos destinos da cidade” *In*: ARANHA, Maria Lúcia Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Temas de Filosofia**. 3 ed. rev. São Paulo: Moderna, 2005. p. 239-240.

¹⁰ CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819. Trad. Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

¹¹ “Até nas mais domésticas relações, a autoridade também intervém; o jovem lacedemônio não podia visitar livremente sua jovem esposa. Em Roma, os censores mantinham um olho percrustador no interior das famílias. As leis regulamentavam os costumes, e uma vez que os costumes dizem respeito a tudo, não havia nada que não fosse regido pelas leis. Assim, entre os antigos, o indivíduo, soberano quase que habitualmente nos negócios públicos, é escravo em todas as suas relações privadas. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, ele é circunscrito, observado, reprimido em todos os seus movimentos” *In*: CONSTANT, op. cit., 2019. p. 48.

¹² “De nosso lado, nossa liberdade deve ser composta pelo gozo tranquilo da independência privada. A parte que, na Antiguidade, cada um tomava na soberania nacional, não era em absoluto, como em nossos dias, uma suposição abstrata (...) segue-se daí que devemos ser muito mais apegados do que os antigos à nossa independência individual. Pois os antigos, quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais; ao passo que nós, fazendo o mesmo sacrifício, daríamos mais para obter menos. O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nos prazeres privados; e eles chamam de liberdades as garantias concedidas pelas instituições a tais prazeres” *In*: *Ibidem*, p. 59.

As características mais marcantes do Estado Liberal eram o ideal de livre mercado, com limitação da atuação do governo, bem como a liberdade individual e o império e submissão à lei¹³.

Nesse período, com o fortalecimento das leis escritas, adveio o *Code Civil* francês (ou Código Napoleônico)¹⁴. Influenciado pelas aspirações liberais da época, o *Code Civil* estruturou-se em torno do indivíduo livre e proprietário¹⁵. Jean Etienne Portalis foi o principal redator do Código Civil Francês e, em discurso preliminar sobre o Projeto do Código apresentado, destacou que a lei permite ou proíbe, ordena, estabelece, corrige, penaliza ou recompensa, sendo certo de que toda ação que não é contrária às leis é lícita¹⁶.

Observa-se, portanto, a expressão jurídica da liberdade negativa, qual seja, fazer tudo o que a lei permite. Não obstante, para além da vertente negativa, Carlos Eduardo Pianovski¹⁷ salienta que, durante o liberalismo, havia outras acepções da liberdade.

Pianovski não nega que no século XIX há uma prevalência da liberdade negativa, entretanto destaca uma outra vertente: a identificação de uma liberdade positiva como uma autorregulamentação de interesses privados, havendo uma força normativa para o exercício dessa liberdade. Assim, no âmbito do direito civil, o autor destaca a relevância da liberdade positiva no âmbito do direito de família, posto que, nesse caso, ela pode trazer, como

¹³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. In: ANAIS DO SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., 2011. Joaçaba. **Anais [...]** Joaçaba, SC: Unoesc, v. 1. n. 1, 21.nov. 2011.

¹⁴ “O jusnaturalismo vem a desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código, mesmo se portador de valores universais, é reduzido à voz do soberano nacional, à lei positiva desse ou daquele estado. Na França, a primeira grande codificação, a napoleônica, chega ao resultado final de um longo itinerário histórico, quando o direito já se identificou na lei, ou seja, na expressão da vontade autoritária do príncipe; um itinerário difícil que, ainda no final do século XVI, Jean Bodin, cientista político de consistente formação jurídica, visualiza no dissídio entre *droit* e *loi*, entre direito e lei, ou, para melhor explicar, entre a práxis consuetudinária tradicional, compenetrada de equidade, e a vontade potestativa do príncipe; um dissídio continuado feito de lutas e de resistências, mas que, lentamente, marca a progressiva vitória de uma monarquia sempre mais empenhada e satisfeita na sua dimensão legislativa. O direito francês, para usar uma expressão do léxico de Bodin – é com o passar do tempo, sempre mais *loi* e sempre menos *droit*” In: GROSSI, Paolo. **Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro.** In: GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** 2. ed. Trad. De Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis, Boiteux, 2007, p. 87-120.

¹⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e Função:** Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. 2009. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito - Universidade Federal do Paraná, 2009.

¹⁶ “hemos determinado tambien sus distintos efectos. la ley permite o prohíbe, ordena, establece, corrige, pena o recompensa. su ámbito de validez personal comprende sin excepcion alguna a todos los que viven bajo su imperio; los mismos extranjeros, durante el tiempo de su residencia, se constituyen en sujetos, aunque casuales, de las leyes vigentes en el estado. habitar el territorio es someterse a su soberania. toda accion que no contraría las leyes es lícita. pero no todo lo que concuerda con ellas es siempre honesto, ya que las leyes tienen por finalidad lograr el bien político de la sociedad más que la perfección moral del hombre”. In: PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil.** Traducción de Adela Mora. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

¹⁷ RUZYK, op.cit.

consequência, “a proteção daquilo que deflui como (auto)normatividade constituída na vivência das pessoas que integram aquela relação, como determinação dos rumos de suas próprias vidas”¹⁸.

Para além das acepções positivas e negativas da liberdade, Pianovski aponta, ainda, o enfoque formal e substancial. Enquanto a primeira seria a ideia de exercício de sua liberdade sem coerção estatal, a outra seria a entrega das condições materiais e subjetivas para o efetivo exercício da liberdade formal¹⁹.

Uma série de outros códigos civis – a exemplo do Código Civil Português e o Código Civil Brasileiro de 1916 – foram inspirados no *Code Civil* Francês, sendo certo de que todas essas codificações refletiram os ideais libertários e individualistas dominantes da época, com grande proteção ao indivíduo, à autonomia da vontade e à propriedade. Destacou Orlando Gomes que:

Foi o Code Napoleon, de 1804, o que granjeou maior fama e popularidade, principalmente por ser a expressão normativa de uma revolução política que consagrava a práxis socioeconômica do capitalismo e a incorporava a ideologia liberal. Nele se concentraram os princípios básicos da disciplina de todas as relações interprivadas. Tinha uma filosofia que seria imitada sem vacilação e sua arquitetura serviria de modelo aos códigos do século XIX, até ser modificado, no apagar de suas luzes, pela do Código Civil Alemão de 1896. De mais a mais não se pode compreender o fenômeno da codificação na sua historicidade sem focalizá-lo no seu aspecto de correspondência a um programa político de mudança estrutural da sociedade. Não foi apenas uma exigência de racionalização das leis ou de coordenação de leis introduzidas em épocas diversas ou relativas a situações e relações diferentes que impulsionou o processo de codificação, mas, foi, principalmente, uma posição ideológica dependente de situações históricas bem nítidas e precisas que orientou seu desempenho²⁰.

Ante o novo posicionamento ideológico, conforme pontuado anteriormente no discurso de Benjamin Constant, passou-se a proteger mais o indivíduo em seu aspecto privado, diminuindo o poder do Estado, fazendo valer a autonomia da vontade.

Nesse ponto, o liberalismo buscou conciliar a liberdade formal e a segurança jurídica, sendo o contrato o instrumento ideal para a sua exteriorização²¹. Assim, que o contrato deveria

¹⁸ Idem, 2009.

¹⁹ Idem, 2009.

²⁰ GOMES, Orlando. O problema da codificação. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, n. 1, a. 1, p. 16.

²¹ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 163, p. 113-130, 2004.

ser preservado como produto da liberdade integral das partes, sendo exasperação do princípio do *laissez-faire, laissez-passer, laissez-contracter*²².

Para Francisco do Amaral²³, a autonomia da vontade é o princípio do direito privado pelo qual as pessoas podem praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os seus efeitos.

Assim, destaca Otávio Luiz Rodrigues Júnior²⁴ que a autonomia da vontade “elevou-se a categoria de princípio do direito e fonte das relações jurídicas”. Na seara contratual, a autonomia da vontade significava a possibilidade de as partes escolherem com quem contratar, o que contratar e como contratar.

Malgrado a sua exasperação na proteção das relações patrimoniais, como o contrato, a propriedade, em que a autonomia da vontade se relacionava com os princípios da igualdade e da liberdade formais, na seara familiar, sobretudo, nos relacionamentos conjugais, não era possível falar propriamente em liberdade individual, mas sim em liberdade institucional²⁵. Isto porque, apesar de conferir liberdade de casar ou não casar, no Brasil, por exemplo, não havia previsão, no Código Civil de 1916²⁶, de se realizar o divórcio. A possibilidade prevista no artigo 317 do referido Código era apenas a de dissolução da sociedade conjugal pelo desquite, nos casos previstos expressamente em lei, a saber: adultério, tentativa de morte, servícia ou injúria grave ou abandono do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Esta concepção de autonomia da vontade advinda do Estado Liberal, como aquela em que as partes seriam capazes de estabelecer suas relações jurídicas com uma intervenção mínima do Estado – atuando apenas para fazer valer a vontade das partes pactuada nos contratos – caiu em declínio com o advento do Estado Social.

Após as guerras mundiais, houve uma mudança determinante na concepção do Estado e do Direito: busca-se agora uma maior intervenção estatal. A liberdade das partes ao contratar agora deve “acompanhar valores e visar a objetivos legítimos²⁷”. Assim, ante essa nova visão

²² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 102. 1989. p. 220.

²³ Idem, 1989. p. 216.

²⁴ RODRIGUES JR., op. Cit., p. 128.

²⁵ SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Reflexões acerca da incidência dos princípios da liberdade individual e da Solidariedade Social nas relações familiares. **Ética e Filosofia Política**, v. 2, p. XI, 2009. p. 14.

²⁶ BRASIL. Código Civil (1916). **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 10 de jul. 2021.

²⁷ D’ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins. Novas perspectivas em direito de família e o princípio da autonomia privada: um estudo à luz da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 43. 2015.

do exercício da liberdade, repudiou-se o uso do termo vontade para utilizar-se a expressão autonomia privada²⁸.

se é pacífico que a autonomia é expressão da liberdade e que esta é influenciada de modo decisivo pelo contexto cultural, antropológico e ideológico e pela concepção previamente acolhida pelo direito, certo é que ‘a autonomia privada enquanto exercício da liberdade constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana’²⁹.

A autonomia privada seria a permissão, conferida pelo ordenamento jurídico, para que os particulares criem, modifiquem ou extingam situações jurídicas³⁰. Destaca Francisco do Amaral que, nessa nova acepção, existem mais limites ao exercício da autonomia privada, frente ao aumento das funções estatais em razão da passagem do Estado de Direito para o Estado Intervencionista e Assistencial³¹.

Nesse ponto, critica Otávio Luiz Rodrigues Júnior, para quem a mudança da concepção individualista da autonomia da vontade para a crescente intervenção estatal há de ser tão ruim quanto à anterior: “o condicionamento de seu exercício *in concreto* às razões da função social opera um giro radical: dos abusos do individualismo passa-se à opressão do estatismo”³².

Assim, diante da breve exposição, é possível observar que os conceitos de liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada estão correlacionados. Pode-se afirmar, então, que a liberdade é, em verdade, a matriz da qual derivou-se a autonomia da vontade e a autonomia privada, sendo certo de que essas duas últimas estão intrinsecamente conectadas ao contexto histórico e político em que se encontrava a sociedade.

Desta feita, o presente trabalho optará por utilizar os termos liberdade e princípio da liberdade em direito de família, por serem estes os mais adequados e atemporais, não se sujeitando tanto às vicissitudes políticas e ideológicas.

Outrossim, importa destacar que serão utilizados, em linhas gerais, os conceitos jurídicos de liberdade positiva e negativa, como a possibilidade de fazer ou não fazer, ao arbítrio

²⁸ RODRIGUES JR., op.cit., p.113-130.

²⁹ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família** – limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

³⁰ Pontes de Miranda, em sua obra, trata como autorregramento da vontade a autonomia privada e a autonomia da vontade. Em suas palavras: “Já aqui se pode caracterizar o que se passa, em verdade, com os atos humanos interiores ao campo da atividade, a que se chama autorregramento da vontade, ‘autonomia privada’ ou ‘autonomia da vontade’: é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica por fora do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito”. In: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo III. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2001. p.81.

³¹ AMARAL NETO, op.cit., p. 207-230.

³² RODRIGUES JR., op.cit., p. 113-130.

do sujeito, tudo o que não for proibido por lei, bem como de exercer ou não os seus direitos subjetivos³³.

2.2 LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Após a compreensão terminológica, faz-se necessário discutir brevemente sobre a incidência dos princípios no âmbito das relações privadas, para, então, tratar especificamente do princípio da liberdade no direito de família.

Com a Constituição Federal de 1988, há quem defenda que houve uma mudança de paradigma, sendo o direito civil agora constitucionalizado, com incidência direta dos princípios constitucionais nas relações privadas³⁴.

A teoria da constitucionalização do direito civil defende, em linhas gerais, a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Assim, a resolução de conflitos na seara do direito privado não precisaria, necessariamente, passar por dispositivos civis, havendo uma incidência direta – ou também chamada de eficácia horizontal³⁵ – dos direitos e princípios fundamentais no âmbito das relações privadas.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento³⁶ afirma que, após o advento do Estado Social, houve uma mudança de paradigma: se antes o Código Civil era o centro das relações privadas, pautando esses relacionamentos com base na igualdade e liberdade, agora é a Constituição o novo centro do Direito Privado, trazendo para dentro do seu texto normas anteriormente típicas das codificações.

³³ AMARAL NETO, op.cit., p. 207-230.

³⁴ “um novo modo de ver o direito emergiu da Constituição da República, verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direito e de garantias fundamentais, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei (CF 5º, §1º) (...). Os princípios constitucionais – considerados leis das leis – deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora, na expressão de Paulo Lôbo, são conformadores da lei. Tornaram-se imprescindíveis para a sua aproximação do ideal de Justiça, não dispondo exclusivamente de força supletiva. Adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo. Compõe a nova base axiológica, tendo abandonado o estado de virtualidade a que sempre foram relegados. A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do Direito Civil e a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CR 1º, III), o positivismo tornou-se insuficiente” *In*: DIAS, op.cit., 2020. p. 55-56.

³⁵ “a partir da Constituição de 1988, diversas mudanças ocorreram. O modelo de Estado transcendeu de uma realidade liberalista para uma realidade de tentativa de alcance do idealizado Estado de Bem-estar Social. Nesse contexto, passou-se a tratar de direitos fundamentais nas relações privadas, o que significa tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais” *In*: D’ALBUQUERQUE, op. cit., 2015, p. 3.

³⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 240.

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida por Hans Carl Nipperdey, na Alemanha, a partir da década de 1950. Em que pese não ter prevalecido na Alemanha, onde foi criada, ela ganhou vários adeptos em outros países, a exemplo de Espanha e Itália³⁷.

Um dos expoentes da Constitucionalização do Direito Civil e muito mencionado pelos autores brasileiros que defendem essa nova forma de interpretação do direito privado foi o italiano Pietro Perlingieri. Para este autor, a norma constitucional se tornou a razão primária e justificadora das relações privadas, constituindo parte integrante da norma. Assim, não deveria considerar apenas as normas constitucionais como regra hermenêutica e fonte de interpretação, mas também como norma de comportamento a incidir sobre o conteúdo das relações subjetivas³⁸.

Anderson Schreiber³⁹ conceituou o direito civil constitucional “como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição”. E vai além. Para o autor, não se trata apenas de utilizar as normas constitucionais para reinterpretar as normas civis, mas de reconhecer a aplicabilidade direta dessas normas às jurídicas privadas. Desta feita, não haveria muita importância se a aplicabilidade das normas constitucionais se daria de forma direta ou indireta, sendo fundamental, em verdade, “a obtenção da máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”.

Não obstante, a dinâmica civil constitucional não está imune às críticas. Otávio Luiz Rodrigues Júnior, em tese de livre docência, defendeu a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas⁴⁰.

Para tanto, o autor esclarece ser inegável que o Direito Civil é irradiado pelos direitos fundamentais. Todavia, a eficácia indireta dos direitos fundamentais permite com que haja uma maior segurança jurídica para os particulares. Isto porque,

a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-civilísticas, sem a intermediação legislativa e principiológica do Direito Civil, é problemática por degradar a Constituição e por ignorar os espaços de discricionariedade e de conformação do legislador ordinário, de decisão dos particulares e os âmbitos de racionalidade intrínseca ao Direito Privado [...] Não há uma concorrência por espaços entre a Constituição e o legislador ordinário. Este último tem uma função de grande relevo para a democracia: ao reduzir o grau de abstração constitucional, restringe a

³⁷ Idem, 2010.

³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 12.

³⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde et al. **Direito Civil Constitucional**. Coordenação Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 9.

⁴⁰ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p.362.

esfera de discricionariedade de outros agentes públicos (o administrador e o juiz), impondo-lhes uma valoração prévia, democrática e representativa das pautas axiológicas escolhidas pelo povo em sua regular e periódica substituição de seus procuradores ao Parlamento.⁴¹

Assim, defende ser indispensável a filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil, com a finalidade de preservar o espaço democrático e a separação de poderes; a previsibilidade do direito⁴² e restringir à transferência total do nível decisório da autonomia privada para o âmbito judicial.

De fato, não se está a discutir se os princípios constitucionais – e aqui em especial, o direito à liberdade – incide ou não nas relações particulares. Nesse ponto, há de se destacar que, desde o Estado Liberal, já se pregava a plena incidência deste princípio, inclusive com mínima intervenção estatal nas relações privadas.

Todavia, há de filiar ao entendimento perfilhado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, de incidência indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, na medida em que o fato de a Constituição de 1988 ter previsto normas essencialmente civis, “elevando-as” à categoria de norma constitucional não se trata de uma novidade com o objetivo de mudar a sistemática do Direito Civil, em especial no tocante ao direito de família.

A título de exemplo, pode-se destacar que, desde a Constituição de 1934⁴³, na qual há um título específico destinado à família, com dispositivos essencialmente civis, a exemplo do artigo 144⁴⁴, que estabelece que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, estando sob a proteção do Estado⁴⁵.

⁴¹ Idem, 2019.

⁴² “a previsibilidade interessa não somente ao Direito Civil. Sua importância é ainda maior para outras áreas do Direito Privado, como o Direito Comercial. As decisões empresariais são geralmente marcadas pela urgência e pelo senso de oportunidade negocial. A utilização de signos muito abertos termina por comprometer os níveis mínimos de segurança decisória de que carecem os agentes econômicos” *In*: Idem, 2019. p. 362.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm . Acesso em 11 de jul. 2021.

⁴⁴ Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

⁴⁵ Por sua vez, na Constituição logo seguinte, de 1937, manteve-se o título destinado à família, estipulando, no artigo 124, que “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. *In*: BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 11 de jul. 2021. Em 1946, a Constituição manteve, em seu artigo 163, a disposição constante na anterior. *In*: BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Assembleia Constituinte, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 11 de jul. 2021. Por seu turno, a Constituição de 1967, no título IV “*Da Família, da Educação e da Cultura*”, também trazia em seu bojo dispositivos e parágrafos acerca da indissolubilidade do casamento (vide artigo 167 e seguintes). *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm . Acesso em 11 jul. 2021.

Por outro lado, é inegável que, com o advento da Constituição de 1988⁴⁶, houve uma mudança no paradigma familiar do direito brasileiro ao reconhecer a união estável e as famílias monoparentais como entidades familiares, posto que, até então, era centralizado na estrutura do casamento.

Mas isso não implica em afirmar o direito civil perdeu sua centralidade no que tange às relações privadas, sendo aplicável diretamente os dispositivos constitucionais entre particulares. Isto, porque, coube ao legislador adaptar-se às novas diretrizes constitucionais.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002⁴⁷ trouxe dispositivos específicos para tratar da união estável no livro de Direito de Família e o artigo 1.513 é uma hipótese de expressa manifestação de aplicação do princípio da liberdade no âmbito das relações familiares, sendo uma “porta de entrada” – ou, melhor dizendo, um exemplo de incidência indireta – dos princípios constitucionais no direito de família.

2.3 DIRIGISMO ESTATAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: É POSSÍVEL FALAR EM LIBERDADE?

Conforme visto, com o advento do Estado Social, buscou-se uma maior proteção estatal frente à liberdade e ao individualismo típico do Estado Liberal. Não só nas relações sociais, mas também nas relações econômicas e privadas observam-se um aumento da atuação do Estado.

No direito de família, é possível observar uma série de normas cogentes, as quais são de vinculação obrigatória, não sendo possível a sua derrogação pela vontade dos particulares. Em virtude disso, houve a discussão se o direito de família seria um ramo do direito privado ou se seria melhor realocado como do direito público.

Não obstante, é importante destacar que, já em 1976, Orlando Gomes, em seu manual de Direito de Família, já reconhecia o caráter cogente de boa parte dos dispositivos envolvendo a família, mas, nem por isso, o autor cogitava que o Direito de Família seria ramo do direito público⁴⁸.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 jul. 2021.

⁴⁷ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 11 jul. 2021.

⁴⁸ “A afirmação de que as relações de família estão submetidas a diretrizes mais conformes aos conceitos típicos do direito público não significa que sua essência deixe de ser a de vínculos de direito privado, nem que, sob essa

Para Paulo Lobo⁴⁹, há um equívoco em tratar de publicização do direito privado em virtude da intensidade da intervenção estatal no âmbito das relações privadas. Assim, entende o autor que o direito de família é genuinamente privado, ainda que haja uma predominância de normas cogentes ou de ordem pública, sendo o ramo do direito civil com menor alcance do princípio da autônoma privada. Isto porque não haveria, nas relações de família, qualquer relação de direito público.

Por sua vez, Otávio Luiz Rodrigues Júnior entende que a defesa da autonomia epistemológica do direito privado⁵⁰ não implica em negar, ao longo do século XX, a existência de um avanço do Direito Público sobre o Direito Privado⁵¹. Entretanto, para o autor, no tocante ao direito de família o caminho foi inverso⁵² – em vez de uma publicização, a partir da década de 70 o que se observou foi um processo cada vez maior de privatização do casamento, na medida em que o Estado reduziu consideravelmente sua participação nesse instituto, a ponto de permitir a alteração do regime de bens⁵³.

Passada essa questão e em sendo certo que o direito de família é ramo do direito privado, incidindo sobre ele os princípios e a sistemática do direito civil, há de se averiguar como se dá a incidência do princípio da liberdade no âmbito das relações familiares.

inspiração, se convertam em relações de direito público (...) Não adianta ladear o problema. Necessário determinar se o Direito de Família é público ou privado, à luz dos critérios tradicionais de distinção, que, embora falhos, são geralmente aceitos, quando menos por interesse didático. Pelos sujeitos das relações que disciplinam, pelo conteúdo dessas relações, pelos fins de seu ordenamento e pelas formas de atuação, o Direito de Família é direito privado, e parte integrante do Direito Civil” *In*: GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Editora Forense, 1976. p. 18-19.

⁴⁹ LOBO, op.cit., 2021. p. 46.

⁵⁰ Para o autor, “o apelo permanente à Constituição, à unidade da ordem jurídica constitucionalizada e à recondução geral do Direito aos princípios constitucionais não tem forças para apagar as fronteiras do Direito Privado.” *In*: RODRIGUES JR., op. cit., p. 82.

⁵¹ “juridicamente, percebe-se com nitidez que o reconhecimento da normatividade e a incidência direta dos princípios constitucionais nas relações privadas acarretaram a superação das fronteiras entre o público e o privado, fazendo aflorar novos debates em torno do cotejo entre autonomia privada e intervenção estatal” *In*: MULTEDO, op.cit., 2017.

⁵² “famílias são constituídas de formas inteiramente novas. O casamento, fundado na legitimidade, passou a coexistir com a união estável. Os pactos antenupciais, que eram exclusivamente dotados de conteúdo econômico, avançaram sobre questões morais. Preocupações anteriormente restritas a pessoas de alta renda são hoje comuns a nubentes de classe média, que se preocupam com a administração do patrimônio, o que tem levado ao crescimento na adoção do regime de separação convencional de bens. O Direito de Família passou a se interessar por temas como a reparação por danos por abandono afetivo e a violação de deveres conjugais. As *holdings* familiares surgem como forma alternativa de resolver problemas patrimoniais anteriormente limitados ao direito de família” *In*: RODRIGUES JR., op.cit., p. 70.

⁵³ E o autor vai além, entendendo que haveria no casamento um processo de privatização a ponto de se apresentar cada vez mais como um contrato e menos como uma instituição. Ademais, continuou o autor afirmando que “em pouco tempo, é provável supor que será permitido o divórcio por mera comunicação postal, com aviso de recebimento, como já existe em alguns países europeus e Estados norte-americanos. É ainda possível que se comece a aceitar um âmbito maior para o desenvolvimento da autonomia privada e da autodeterminação dos cônjuges nos pactos antinupciais” *In*: Idem, 2019. p. 70.

Isto porque, conforme visto anteriormente, é certo de que o direito de família possui características peculiares, com grande incidência de normas cogentes, fazendo com que o espectro do princípio da liberdade⁵⁴ não seja o mesmo do que nas relações contratuais civis, por exemplo, em que há uma maior ampliação da autonomia das partes.

Para Paulo Lobo, o princípio da liberdade na família se apresenta de duas formas: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade; e liberdade de cada membro da família perante os outros membros e até da própria entidade familiar.

O princípio da liberdade aplicado às relações familiares diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador, à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral⁵⁵.

Se nas relações contratuais podemos falar sobre as nuances da liberdade em razão das possibilidades de escolher o que contratar, com quem contratar e de fixar o conteúdo do contrato⁵⁶; no direito de família é possível destringir a liberdade sobre as seguintes perspectivas: a liberdade nas relações parentais, nas relações conjugais e nas relações patrimoniais.

É de suma importância fazer essa distinção, posto que a depender da perspectiva a ser analisada, haverá um maior ou menor grau de aplicação do princípio da liberdade no direito de família. Nesse sentido, ensina Maria Rita de Holanda⁵⁷ que a dimensão da liberdade na esfera conjugal é bastante diferente da liberdade na esfera parental. Isto porque, enquanto houve um recuo do Estado no tocante à relação conjugal, houve um avanço da intervenção estatal no tocante à configuração das relações parentais que envolvem crianças e adolescentes.

⁵⁴ Nesse sentido, Flávio Tartuce afirma que a autonomia privada não existe apenas na seara contratual ou obrigacional, existindo também no âmbito familiar, nos momentos em que se escolhe com quem ficar, namorar ou ter uma união estável ou casamento. *In*: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1760.

⁵⁵ LOBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, [Belo Horizonte], 23 mar. 2004 Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20liberdade%20diz,livre%20planejamento%20familiar%3B%20%C3%A0%20livre> . Acesso em: 26 out. 2021.

⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 24.

⁵⁷ OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **A autonomia parental e os limites do planejamento familiar no sistema jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

Para Renata Vilela⁵⁸, enquanto na família conjugal houve uma ampliação da autonomia do casal e conseqüente diminuição de normas cogentes, por outro lado, nas relações parentais houve um incremento da responsabilidade da parentalidade. Assim, enquanto se pode falar que as relações conjugais são fundamentadas na liberdade e na igualdade, as relações parentais são baseadas na responsabilidade.

É importante destacar que, malgrado o âmbito de atuação do princípio da liberdade nas relações parentais ser diminuído, não quer dizer que este não existe. Inclusive, no Código Civil, há uma seção específica para tratar do exercício do poder familiar e, em seu artigo 1.634, afirma que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar.

Por seu turno, em se tratando das relações patrimoniais, há de se ressaltar que a aplicação do princípio da liberdade nesta seara não é uma novidade advinda apenas após a Constituição de 1988. Com efeito, já no Código Civil de 1916 havia a possibilidade de escolha de regime de bens pelo casal no momento da constituição do casamento⁵⁹.

Apesar disso, não se pode olvidar que a grande diferença nos dias atuais em relação à aplicação do princípio da liberdade nas questões patrimoniais da família se trata da efetivação do princípio da igualdade entre o casal.

Isto porque, se anteriormente havia a opção de escolha e, *a priori*, liberdade das partes para as decisões de cunho patrimonial dentro do relacionamento familiar, é certo de que as mulheres se encontravam em posição de desigualdade no casamento, sendo elas consideradas relativamente incapazes para as práticas dos atos civis⁶⁰, dependendo da autorização de seus maridos para uma série de atividades, inclusive para assumir um emprego⁶¹.

Assim, se até para aceitar herança⁶² era necessária a autorização do seu esposo, não é possível crer que havia um pleno exercício de ambas as partes do casamento no que tange à

⁵⁸ MULTEDO, op.cit.,2017.

⁵⁹ O Código Civil de 1916 tinha, no título destinado ao regime dos bens entre os cônjuges, um título destinado ao regime da comunhão universal, outro para comunhão parcial e um para o regime da separação de bens. Ademais, o artigo 256 afirmava ser lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes apossuiesse.

⁶⁰ O Código Civil de 1916, em sua redação original, estabelecia, em seu artigo 6º, II que as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, em consideradas relativamente incapazes. Esse inciso foi revogado com a edição da Lei nº 4.121/1962, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”.

⁶¹ Também em sua redação original, o artigo 242, VII do Código Civil de 1916 dispunha que a mulher não poderia, sem autorização do marido, exercer a profissão. Este inciso também foi revogado com a publicação do Estatuto da Mulher Casada.

⁶² Artigo 242, IV da redação original do Código Civil de 1916, também revogado pelo Estatuto da Mulher Casada em 1962.

escolha do regime dos seus bens, sendo factível que as escolhas e decisões eram exercidas majoritariamente pelo cônjuge-varão.

Com o passar dos anos, essas desigualdades entre os cônjuges foram sendo diluídas, e com o advento da Constituição de 1988, o §5º do artigo 226 expressamente estipulou que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal deveriam ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Desta feita, hoje há uma maior efetivação do princípio da liberdade no tocante às relações patrimoniais, na medida em que os casais, em igualdade, decidem juntos qual regime de bens se adapta melhor à realidade do casal.

2.4 LIBERDADE NA ESCOLHA NO MODELO JURÍDICO DE FAMÍLIA CONJUGAL: UMA INTÍNSECA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Já a liberdade na escolha no modelo jurídico de família conjugal tem relação direta com o desenvolvimento da união estável no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, até a Constituição de 1988, não era possível falar em liberdade dos casais no momento da escolha do modelo jurídico de família, tendo em vista que só era reconhecido o casamento como forma de constituir uma família conjugal no direito brasileiro.

Para compreender a dimensão da liberdade na escolha do modelo jurídico de família pelos casais, é necessário, em primeiro lugar, fazer uma análise histórico-evolutiva do ordenamento jurídico brasileiro, percorrendo os caminhos realizados pela união estável até se tornar uma entidade familiar reconhecida pela Constituição Federal e positivada no Código Civil de 2002 no livro dedicado ao direito de família.

2.4.1 O período anterior ao Código Civil de 1916: o concubinato

Após a Proclamação da Independência do Brasil em 1822, foi promulgada a primeira Constituição brasileira em 1824⁶³. Nesta, em seu artigo 179, inciso XVIII, havia expressa disposição para que fosse elaborado, o quanto antes, um Código Civil e um Criminal fundados “nas sólidas bases da Justiça e da Equidade”.

⁶³ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 15 jul. 2021.

Augusto Teixeira de Freitas foi convocado para elaborar uma Consolidação das Leis Cíveis, em 1855. Esta tinha por objetivo mostrar o último estado da legislação, sendo, nas palavras do autor, “um trabalho de simplificação, que, destinado à grande obra do Código Civil Brasileiro, mal aspira o merecimento de uma codificação provisória”⁶⁴.

Nesta Consolidação, o artigo 100 repetiu a disposição constante nas Ordenações Filipinas que é, para alguns, a origem do casamento de fato no Brasil, a saber: “Também se prova por outro qualquer instrumento público. Quanto á conjucção por testemunhas, depondo estas que os cônjuges estiverão em casa teúda e manteúda; e em pública vóz e fama de marido e molhér por tanto tempo, quanto baste para presumir-se o matrimonio entre eles”.

Todavia, em que pese ter citado tal dispositivo na sua Consolidação, o próprio Teixeira de Freitas esclarece que os praxistas notam que essa prova testemunhal de coabitação e fama de casados não pode ser admitida depois da aceitação do Concílio de Trento⁶⁵. Assim, afirma o autor que “o facto da coabitação indicará concubinato, ou matrimonio clandestino, mas não matrimonio solemne e legal”⁶⁶.

Posteriormente, em 1893⁶⁷, Coelho Rodrigues publicou seu Projeto de Código Civil⁶⁸, com 2.734 artigos. Este foi dividido em parte geral e especial, seguindo a linha traçada por Teixeira de Freitas. A parte especial, por seu turno, foi subdividida em quatro livros, a saber: das obrigações; da posse, propriedade e outros direitos reais; dos direitos da família; e direito das sucessões.

No livro dedicado ao direito de família, é possível observar algumas disposições que citam o concubinato – e aqui é verifica-se que o termo foi utilizado em ambos os sentidos: como a união entre duas pessoas desimpedidas, porém não casadas legalmente, bem como para os relacionamentos extraconjugais.

⁶⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial (ed.fac-símile). 2003, p. XXIX.

⁶⁵ “Com as disposições tridentinas sobre a celebração do casamento, possibilitou-se um maior controle pela Igreja quando às uniões matrimoniais, restando às autoridades eclesiásticas regionais aplicar as disposições conciliares por meio de legislações específicas, tendo em conta as peculiaridades locais, desde que o *Tametsi* ali tivesse sido promulgado. Em tais regiões, o seu efeito imediato foi a anulação dos casamentos de *praesenti* realizados sem seguir a forma canônica, assim como a inadmissão do casamento por consentimento de futuro seguido de cópula sexual”. In: CARNEIRO FILHO, Humberto João. **Entre leis e cânones: a marcha da secularização do casamento no Brasil (1822-1916)**. Tese de Doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2018. p. 66.

⁶⁶ Idem., 2003, p. 109.

⁶⁷ Importa destacar que anteriormente, em 1859, Teixeira de Freitas foi encarregado de elaborar um Esboço de Código Civil. Entretanto, em 1872 foi declarada a resolução do contrato, restando a sua obra incompleta.

⁶⁸ RODRIGUES, A. Coelho. **Projecto do Código civil brasileiro**: precedido de um projecto de lei preliminar. Rio de Janeiro: Imprensa. Nacional. Enciclopédia Mirador internacional, v. 7, 1980. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518628> . Acesso em: 16 jul. 2021.

Assim, observa-se que o Projeto de Coelho Rodrigues, malgrado não reconhecer direitos específicos, conferia algumas benesses para esses relacionamentos. Isto porque, o artigo 1.885⁶⁹, por exemplo, ao tratar da celebração de casamento por quem estiver em risco de vida, estabelecia que se o contraente em risco de vida tivesse filho do outro ou conviver concubinado com ele, o casamento poderia ser celebrado pelos próprios contraentes em presença de seis testemunhas. Além disso, o artigo 1.993⁷⁰ afirmava que não seria admitida prova da não consumação quando os cônjuges tiverem filho anterior ao casamento, tivessem sido concubinários desimpedidos, antes dele, ou este houvesse sido precedido de raptado e convivência sobre o mesmo teto.

Em 1899, Clóvis Beviláqua foi, então, contratado para elaborar o Código Civil Brasileiro. Após ser concluído no final daquele ano, foi entregue ao Governo, o qual nomeou uma comissão, presidida pelo então Ministro da Justiça Epitácio Pessoa. Em novembro de 1900, o Projeto Revisto foi apresentado ao Congresso Nacional, com o propósito de ser estudado e discutido⁷¹. Essas discussões ocorreram no período de 1901 a dezembro de 1915, momento em que o projeto foi aprovado, sendo sancionado e promulgado no ano seguinte.

Nesse ínterim, foi publicado o Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912⁷², que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro. O artigo 22 dispunha que “no caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a arbítrio do juiz, todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação”. Destaca Álvaro Villaça de Azevedo⁷³ que a expressão “a todos aqueles” foi interpretada pela jurisprudência para abranger inclusive os concubinos, sendo, portanto, a primeira legislação que efetivamente estendeu direitos aos companheiros.

Apesar de existir essa interpretação da legislação em prol desses relacionamentos, o Código Civil de 1916 não regulamentou nem proibiu o concubinato, mas protegeu

⁶⁹ Art. 1885. Si o contrahente em risco de vida tiver filho do outro ou conviver concubinado com elle, ou si houver deflorado ou raptado, ou si tiver sido deflorada ou raptada por elle, e não puder obter a presença do presidente do acto ou de algum dos seus substitutos, o casamento poderá ser celebrado pelos próprios contraentes em presença de seis testemunhas, que saibam ler e escrever, sejam convocadas especialmente para o acto, e maiores de dezoito anos e que não tenham direitos eventuais á successão do enfermo.

⁷⁰ Art. 1993 Não será admitida a prova da não consumação quando os cônjuges tiverem filho anterior ao casamento, tiverem sido concubinários desimpedidos, antes dele, ou este houver sido precedido de raptado e convivência sob o mesmo tecto.

⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 84.

⁷² BRASIL. **Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912**. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Rio de Janeiro, 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm> . Acesso em 18 jul. 2021.

⁷³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. 2 ed. Belém: CEJUP, 1987. p. 71.

substancialmente a família legítima⁷⁴, compreendida como aquela constituída pelo matrimônio, procurando defender o instituto do casamento⁷⁵ e reproduzindo sanções da velha legislação⁷⁶.

Neste primeiro momento, é possível observar que a legislação brasileira trazia poucas disposições sobre o concubinato e não distinguia claramente o concubinato puro ou impuro. Centralizada na estrutura do casamento, buscava proteger esta instituição e os direitos do cônjuge em face dos relacionamentos extraconjugais e não reconhecia direitos a esses últimos, em que pese já existir uma legislação à época que era interpretada favoravelmente a eles.

2.4.2 O período entre Códigos e a proliferação da legislação extravagante reconhecendo direitos aos companheiros

Durante a vigência da Constituição de 1937, foi publicado o Decreto-Lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944⁷⁷, que reformava a Lei de Acidentes de Trabalho. O artigo 21, parágrafo único⁷⁸, trouxe, de forma expressa, a possibilidade de a companheira ter direito aos benefícios do acidentado, caso tenha sido declarada como beneficiária em vida, na carreira profissional, no registro de empregados ou por qualquer outro ato solene da manifestação da vontade.

Este decreto inovou ao trazer o termo “companheira” em vez de concubina para designar as pessoas que estão em um relacionamento estável, mas não formalizado e sem impedimentos legais para tal. Além do mais, esta é a primeira legislação que expressamente reconhece direitos para os companheiros, não se tratando de um esforço jurisprudencial com o objetivo de conceder-lhes direitos.

⁷⁴ PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concubinato e união estável**. 5 ed. atual. ampl. com a colaboração de William Antonio Pedrotti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001. p. 20.

⁷⁵ O artigo 248, IV do CC/1916 estabelecida que a mulher casada poderia livremente reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina. Por seu turno, o artigo 1.719, III afirmava que não poderia ser nomeado como herdeiro ou legatário a concubina do testador casado.

⁷⁶ AZEVEDO, op.cit., p. 73.

⁷⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.036 de 10 de novembro de 1944**. Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. Rio de Janeiro, 1944. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7036impressao.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁷⁸ Art. 21, p.ú.: Parágrafo único. Para os efeitos dêste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso êste não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carreira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene da manifestação de vontade.

Em 11 de junho de 1962, já sob a égide de uma nova Constituição⁷⁹, foi promulgada a Lei nº 4.069⁸⁰, que dispunha sobre servidores públicos. O artigo 5º, §3º permitia que o servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viúvo destinasse sua pensão, caso não tivesse filhos capazes de receber o benefício, à pessoa que vivesse sob sua dependência econômica por no mínimo cinco anos e desde que houvesse subsistido impedimento legal para o casamento.

No ano seguinte, Orlando Gomes apresentou seu Anteprojeto de Código Civil⁸¹ ao Ministro da Justiça⁸². Este possuía 964 artigos, dividido em quatro livros: das pessoas; do direito de família; do direito das coisas e do direito das sucessões⁸³. Em texto em que trouxe os principais delineamentos do anteprojeto de Código, Orlando Gomes afirmou que era no campo do direito de família que era sentida a maior necessidade da modernização do ordenamento jurídico. Isto porque, segundo o autor,

A evolução dos costumes, no particular, reclama, porém, uma reforma mais profunda da legislação familiar, que já vem se cumprindo através de sucessivas leis extravagantes, nem sempre bem orientadas”⁸⁴.

⁷⁹ A Constituição de 1946 manteve os princípios das anteriores, destinando um capítulo para a família e, em seu artigo 163, dispunha que a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962**. Fixa novos valores para os vencimentos dos servidores da União, institui empréstimo compulsório e altera legislação do Imposto de Renda, autoriza emissão de títulos de recuperação financeira, modifica legislação sobre emissão de letras e obrigações do Tesouro Nacional e dá outras providências. Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14069.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁸¹ GOMES, Orlando. **Anteprojeto de Código Civil**. Rio de Janeiro, 1963. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12916>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁸² Urge ressaltar que, após a promulgação do Código Civil de 1916 e antes da proposta de Orlando Gomes, outros dois projetos foram elaborados: o projeto Inglês de Souza e o Anteprojeto de 1941, sendo que nenhum dos dois trouxe inovações no tocante aos direitos dos companheiros. O primeiro projeto, proposto ainda nos primeiros anos de vigência do Código Civil, buscava a unificação das relações civis e mercantis e não constava com disposições atinentes ao direito de família. Posteriormente, foi realizado um projeto complementar, chamado de Emendas para o Código de Direito Privado, em que trazia disposições sobre direito de família e sucessões. Entretanto, durante sua tramitação foi bastante criticado, sendo suas principais inovações atinentes ao campo do direito das obrigações. Já o Anteprojeto de 1941 teve como ponto de partida a unificação dos preceitos civis e mercantis, sendo apresentado ao final um Código das Obrigações, com cinco títulos. *In*: DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸³ No projeto de Orlando Gomes não havia livro destinado ao direito das obrigações porque no mesmo ato em que foi designado para elaborar um projeto de Código Civil, Caio Mário da Silva Pereira foi responsabilizado pela elaboração de um Código das Obrigações.

⁸⁴ GOMES, Orlando. Lineamentos gerais do anteprojeto de reforma do Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 52, n. 334, p. 7-21, ago. 1963.

O livro destinado aos direitos das sucessões trouxe a maior mudança no tocante ao reconhecimento dos companheiros⁸⁵. Isto porque, em seu bojo, há um capítulo, composto apenas pelo artigo 784⁸⁶, destinado à sucessão da companheira.

Por meio deste dispositivo, admitia-se a participação da companheira na sucessão, desde que preenchidos os requisitos: homem desimpedido e posse de estado de casado por cinco anos ou existência de prole. O inciso IV estabelecia que mesmo inexistindo parentes sucessíveis, a companheira não teria direito à totalidade da herança do *de cuius*, diferentemente do que acontecia com a cônjuge supérstite⁸⁷.

Apresentado em 1963, o Projeto de Orlando Gomes estava tramitando na Câmara dos Deputados quando, em 1966, o então presidente Castelo Branco solicitou a retirada do projeto para reexaminar o assunto⁸⁸.

Poucos meses após a apresentação do projeto de Orlando Gomes, em julho de 1963 foi publicada a Lei nº 4.242⁸⁹, que dispunha sobre os servidores do Poder Executivo, Civis e

⁸⁵ Há de se destacar também o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, mas por pessoas desimpedidas de casar. Isto porque, em que pese localizados no capítulo dos filhos ilegítimos – na medida em que a família legítima era composta apenas pelo casamento – os artigos 210 e 231 previam que os filhos dos companheiros eram considerados naturais e poderiam ser reconhecidos a qualquer tempo, mediante escritura pública, em conjunto ou separadamente.

⁸⁶ Art. 784. Sucessão da Companheira - A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo que em sua companhia tenha estado nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão, nas condições seguintes:

I - Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei é atribuída ao filho;

II - Se concorrer com descendentes do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles;

III - Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

IV - Não havendo parentes sucessíveis, terá direito a dois terços da herança.

⁸⁷ Alvaro Villaça de Azevedo reproduziu trecho do comentário que Orlando Gomes realizou acerca deste artigo na sua obra *A Reforma do Código Civil*, de 1965, a saber: “as duas condições exigidas para a companheira adquirir o direito a herdar do concubinário são indispensáveis. O que se pretende é amparar a mulher que teve ligação estável. Poder-se-ia vincular o direito sucessório da companheira à posse do estado de casado, que supõe a estabilidade e continuidade da união, e, de modo particular, a *area custodia ventris*, que imprime ao concubinato a necessária circunspeção para lhe serem atribuídos efeitos jurídicos. Mas o receio de que a comprovação dessa posse dificulte o amparo à companheira obriga o legislador a estabelecer, para o direito hereditário, pressupostos de maior amplitude e mais fácil caracterização” E aduz, para que não tenha a concubina os mesmos direitos da esposa, ou mais, que aquela não está, como esta, “no terceiro grau da ordem da vocação hereditária”. Assim, jamais terá a companheira possibilidade, como a esposa, de recolher a totalidade da herança, dado que, mesmo não existindo parentes sucessíveis, aquela só terá direito a dois terços da massa hereditária, cabendo o restante ao fisco. *In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato ao casamento de fato*. 2 ed. Belém: CEJUP, 1987. p. 82.

⁸⁸ Mário Luiz Delgado compilou algumas especulações acerca da razão pela qual o projeto foi retirado, sendo que, para Geraldo Neves, decisivo para a derrota do projeto foi a influência de alguns desembargadores de São Paulo, em especial a do Desembargador Alceu Cordeiro Fernandes, o qual era contra a estipulação de direitos para a companheira, sendo “mister evitar que o concubinato se transforme em um casamento de segunda ordem. *In: NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. Apud. DELGADO, Mário Luiz. Codificação, descodificação, recodificação do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 282.

⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963**. Fixa novos valores para os vencimentos dos servidores do Poder Executivo, Civis e Militares; institui o empréstimo compulsório; cria o Fundo Nacional de Investimentos, e dá outras providências. Brasília, 1963. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14242.htm . Acesso em: 20 jul. 2021.

Militares. No artigo 44 desta Lei, estipulava que o servidor público civil ou militar, de autarquia ou sociedade de economia mista que fosse desquitado e não respondesse pelo sustento de sua esposa, poderia descontar importância igual na declaração do imposto de renda, caso a pessoa estivesse incluída entre seus beneficiários e vivesse sob sua exclusiva dependência econômica, por no mínimo cinco anos⁹⁰.

No final do mesmo ano, foi promulgada, ainda, a Lei nº 4.297/1963⁹¹, que discorria acerca da aposentadoria e da pensão de ex-combatentes e seus dependentes. O artigo 3º concedia, em caso de falecimento do ex-combatente, pensão mensal à companheira, desde que com o segurado tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a 05 anos e até a data do seu óbito.

Apesar disso, embora o ordenamento jurídico brasileiro estivesse diferenciando as situações de concubinos e companheiros, o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de indenização por acidentes de trabalho ou transporte, em dezembro de 1963, editou a Súmula 35⁹², e optou por utilizar o termo concubina invés de companheira, *in verbis*: “em caso de acidente de trabalho ou transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

Essa resistência do Judiciário pode ser vista, ainda, na edição das súmulas 380⁹³ e 382⁹⁴, em 1964. A primeira afirma que “confirmada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Por seu turno, a segunda dispõe que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Observa-se, portanto, que a opção do Judiciário, em virtude da ausência de previsão legal, foi situar o concubinato no âmbito do direito obrigacional, resolvendo sua dissolução com

⁹⁰ Art 44. O servidor público civil ou militar, de autarquia ou sociedade de economia mista, que for desquitado e não responda pelo sustento da espôsa, poderá descontar importância igual na declaração do imposto de renda, se houver incluído entre seus beneficiários, na forma do art. 5º da Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, pessoa que viva sob sua exclusiva dependência econômica, no mínimo há cinco anos.

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963**. Dispõe sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes. Brasília, 1963. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4297impressao.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 35**. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula35/false>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380**. Sessão Plenária de 03/04/1964, publicado no DJ em 08/05/1964, p. 1237. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula380/false>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 382**. Sessão Plenária de 03/04/1964, publicado no DJ em 08/05/1964, p. 1237. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula382/false>. Acesso em: 20 jul. 2021.

base nas regras da sociedade de fato, com o intuito de vedar o enriquecimento ilícito de uma das partes diante do esforço comum para construção do patrimônio do casal.

Em 1973⁹⁵, algumas alterações no âmbito do direito previdenciário tiveram grande impacto para o reconhecimento de direitos para os companheiros. Isto porque a Lei nº 5.890/1973⁹⁶ alterou a legislação da previdência social para incluir como dependente do segurado a companheira mantida há mais de 05 anos⁹⁷.

Além disso, o Decreto nº 72.771/1973⁹⁸, que regulamentava o regime de previdência social, considerava companheira a pessoa designada pelo segurado, que estivesse, na época do evento, sob a sua dependência econômica, mesmo que não exclusiva, por prazo superior a cinco anos, devidamente comprovados⁹⁹.

Em 1975, a Lei nº 6.216¹⁰⁰, que alterou a Lei de Registros Públicos, deu a possibilidade de, mediante procedimento judicial, a companheira adicionar o patronímico do seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios de família, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. Entretanto, esse pedido só seria analisado se houvesse a expressa concordância do companheiro e se da vida em comum houvesse decorrido no mínimo 05 anos ou existissem filhos da união. Outrossim, também era condição para concessão que o companheiro fosse desquitado e a ex-

⁹⁵ Neste ano, estava em vigor a Constituição de 1967, a qual seguia os mesmos princípios das Constituições anteriores no tocante ao direito de família, dispondo que a família era constituída pelo casamento e este era indissolúvel.

⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973**. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15890.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁹⁷ Art. 11.

I - a esposa, o marido inválido, a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas."

⁹⁸ BRASIL. **Decreto nº 72.771, de 06 de setembro de 1973**. Aprova Regulamento da Lei número 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D72771impresao.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁹⁹ Art 13. São dependentes do segurado, para os efeitos deste Regulamento:

(...)

I - a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas;

(...)

§ 2º Será considerada companheira, nos termos do item I deste artigo, aquela que, designada pelo segurado, esteja, na época do evento, sob sua dependência econômico, mesmo não exclusiva, por prazo superior a 5 (cinco) anos, devidamente comprovados.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975**. Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Brasília, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16216.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

esposa tivesse sido condenada ou renunciado o uso dos apelidos do marido, ainda que recebesse pensão alimentícia¹⁰¹.

Observa-se que a legislação civil colocou muito mais empecilhos para a concessão de direitos à companheira do que a legislação previdenciária vinha concedendo. Por outro lado, já estava consolidado no ordenamento o prazo mínimo de cinco anos ou a existência de filhos em comum para que esse relacionamento fosse considerado estável e ensejador de direitos¹⁰².

Paralelamente, em 1969 foi constituída uma nova comissão com a finalidade de elaborar um anteprojeto do Código Civil. Para tanto, Miguel Reale foi nomeado o coordenador e a comissão foi composta, ainda, por José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

Em maio de 1972, a comissão encaminhou o projeto ao Ministro da Justiça, o qual contava com 2.241 artigos¹⁰³, sendo publicado no Diário Oficial da União para que fosse submetido à apreciação da coletividade¹⁰⁴. Após as novas sugestões, em 1975, o texto foi encaminhado novamente ao Ministro da Justiça, agora com 2.099 artigos¹⁰⁵.

¹⁰¹ Art. 57 - Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa.

§ 1º Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.

§ 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

§ 3º O Juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união.

§ 4º O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia.

§ 5º O aditamento regulado nesta Lei será cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra.

§ 6º Tanto o aditamento quanto o cancelamento da averbação previstos neste artigo serão processados em segredo de justiça.

¹⁰² Nesse sentido, o Decreto nº 76.022/1975, que aprovava o regulamento do seguro de acidentes de trabalho rural, considerava a companheira aquela que, designada pelo segurado, estivesse, na época do evento, sob sua dependência econômica, mesmo não exclusiva, por prazo superior a cinco anos. (Art. 4º, §3º). Outrossim, em 1976, o Decreto-Lei nº 1.493 que alterou a legislação do imposto de renda dispunha que o contribuinte poderia considerar como seu dependente, para os efeitos do imposto de renda, pessoa com quem vivesse há no mínimo cinco anos e com quem estivesse legalmente impedido de casar em virtude do estado civil de desquitado de um deles ou de ambos e desde que a tenha incluído entre os seus beneficiários.

¹⁰³ Miguel Reale, em conferência realizada na Universidade de São Paulo sobre o Anteprojeto do Novo Código Civil, proferida em 08 de junho de 1972 tratou, em linhas gerais, dos principais assuntos do anteprojeto. Em que pese dispor sobre diversos pontos no tocante ao direito de família e das sucessões, não reproduziu o artigo de Orlando Gomes que permitia a sucessão da companheira. In: REALE, Miguel. **Anteprojeto do Código Civil**. [Conferência do Magnífico Reitor Miguel Reale, da Universidade Federal de São Paulo sobre Novo Código Civil]. Distrito Federal: Instituto dos Advogados do Distrito Federal, 8 jun.1972. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180616/000346063.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁰⁴ DELGADO, op. cit., 2011. p. 292.

¹⁰⁵ Idem, 2011, p. 295.

Quando do envio do projeto ao Ministro da Justiça, em 1975, Miguel Reale escreveu uma exposição de motivos em que tratava dos principais pontos envolvendo o projeto, desde a necessidade de se elaborar um novo Código Civil, passando pelas principais alterações promovidas em cada livro.

Assim, ao dispor sobre as alterações realizadas no âmbito do direito de família, o supervisor do projeto salientou a opção dos autores de transferir “para lei especial da disciplina das relações patrimoniais entre concubinos, com o propósito de que possam ser considerados outros aspectos da questão, inclusive em termos de sociedade de fato, consoante vem sendo elaborado pela jurisprudência”¹⁰⁶.

A partir de então, foram realizadas uma série de reuniões, inicialmente na Câmara dos Deputados, com o intuito de analisar e debater as disposições constantes no Projeto do Novo Código Civil. Após finalizados os debates, apenas em 25 de junho de 1984, o projeto foi remetido ao Senado Federal, sendo composta uma Comissão Especial para a sua condução, a qual não obteve êxito, restando estagnado o projeto até o seu arquivamento em 17 de dezembro de 1990¹⁰⁷.

2.4.3 Constituição de 1988: união estável como entidade familiar

Não por coincidência, o período em que o Projeto do Novo Código Civil restou estagnado foi o momento em que o Brasil passava pelo seu processo de redemocratização, com o fim da ditadura militar e a elaboração de uma nova Constituição Republicana.

Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Cidadã, a qual transformou significativamente o direito de família brasileiro. Isto porque, apesar de afirmar que a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado, conforme as Constituições anteriores, ela alargou as possibilidades de constituição de famílias.

Assim, se anteriormente a família era constituída apenas pelo casamento, o artigo 226, em seus parágrafos, reconheceu as seguintes entidades familiares: o casamento, a união estável e a família monoparental.

¹⁰⁶ BRASIL. **Diário do Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 634, de 1975 (Do Poder Executivo). Mensagem nº 160/75.** Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁰⁷ DELGADO, op.cit., p. 352.

No tocante à união estável, o §3º do artigo supracitado determinou que, para efeitos da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Para Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰⁸, o reconhecimento da união estável como entidade familiar foi o marco mais significativo na história deste instituto jurídico. Para o autor, a adoção da expressão entidades familiares consagrou o princípio da pluralidade das formas de família, utilizando-se, de forma oficial, a expressão união estável em detrimento da palavra concubinato.

Embora tenha reconhecida a união estável como entidade familiar, a Constituição não trouxe maiores desdobramentos das suas consequências jurídicas. Para tanto, foram editadas duas leis com o intuito de regulamentar esse novo instituto jurídico reconhecido constitucionalmente: a Lei nº 8.971/1994¹⁰⁹ e a Lei nº 9.278/1996¹¹⁰.

O artigo 1º da Lei nº 8.971/1994 não definiu o que era união estável, mas indicou alguns pressupostos para a sua configuração como entidade familiar, a saber: relacionamento entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvos e o prazo mínimo de cinco anos ou existência de filhos em comum¹¹¹.

O artigo 2º, por seu turno, estabelecia os direitos sucessórios dos companheiros, sendo que, diferentemente do projeto de Orlando Gomes, caso inexistissem descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança¹¹².

Por fim, o artigo 3º da aludida legislação reconhecia o direito da meação dos bens deixados pelo autor da herança que resultassem de atividade em que houvesse a colaboração do companheiro.

¹⁰⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 176.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹¹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹¹¹ Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

¹¹² Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;
 II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
 III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Pouco menos de dois anos de vigência da legislação, em 10 de maio de 1996, foi promulgada uma nova lei com o propósito de regulamentar a união estável. Critica Zeno Veloso que “a doutrina mal tinha começado a esclarecer alguns pontos controvertidos da aludida Lei nº 8.971/1994, e a jurisprudência iniciava seu trabalho pacificador dos aspectos que ensejavam dúvidas, quando foi editado um novo texto normativo¹¹³”.

A Lei nº 9.278/1996 era composta por onze artigos, sendo que, diferentemente da sua antecessora, buscou, em seu artigo 1º, definir os contornos da união estável como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família¹¹⁴.

Diferentemente de como vinha dispendo o ordenamento jurídico brasileiro no tocante aos companheiros, que buscavam determinar um prazo mínimo de convivência de cinco anos, esta Lei não incluiu o lapso temporal mínimo como requisito legal para a constituição da união estável.

Por seu turno, o artigo 2º estabeleceu os direitos e deveres dos conviventes, a saber: respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíprocas; guarda, sustento e educação dos filhos em comum.

Urge ressaltar que os artigos 3º, 4º e 6º da Lei nº 9.278/1996 foram vetados pelo então Presidente da República. Em linhas gerais, os artigos tratavam da elaboração de um contrato de união estável, bem como da dissolução da união estável.

Em suas razões de veto, argumentou que a amplitude dada ao contrato de criação da união estável pela lei importava em admitir um verdadeiro casamento de segundo grau, quando não era essa a intenção do legislador, posto que este buscava garantir determinados efeitos futuros a determinadas situações nas quais havia sido formado uma entidade familiar¹¹⁵.

O artigo 5º trazia disposição no tocante à constituição do patrimônio do casal. Os bens adquiridos na constância da união estável e a título oneroso eram considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrato escrito.

Já o artigo 7º trazia a previsão de pagamento de alimentos em caso de dissolução da união estável e seu parágrafo único reconhecia aos conviventes o direito real de habitação em

¹¹³ VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Volume XVII. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. p. 106.

¹¹⁴ Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

¹¹⁵ BRASIL. **Mensagem nº 420**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9278-1996.pdf. Acesso em: 21 mar. de 2021.

caso de morte de um dos conviventes. Outrossim, artigo 8º afirmava que os conviventes poderiam, a qualquer tempo e de comum acordo, requerer a conversão da união estável em casamento e o artigo 9º determinava que toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, sendo assegurado o segredo de justiça.

Esta nova Lei trouxe consigo o maior desenvolvimento dos direitos e deveres envolvendo a união estável, bem como uma conceituação mais precisa de como seria configurada essa entidade familiar. Destaca-se que esta legislação optou por utilizar o termo conviventes em vez de companheiros, diferentemente do que vinha fazendo o ordenamento jurídico brasileiro.

Em dezembro de 1996, foi proposto um novo projeto de lei, que tinha como pretensão criar o Estatuto da União Estável¹¹⁶. Todavia, em razão do retorno da tramitação do Projeto de Novo Código Civil, este foi arquivado.

2.4.4 A promulgação do Código Civil de 2002: casamento, união estável e a possibilidade de escolha do modelo jurídico conjugal

Após anos sem muitas movimentações, apenas em 1995 o Projeto do Novo Código Civil de Miguel Reale voltou a tramitar no Senado Federal. Em março daquele ano, foi constituída nova comissão, tendo como Presidente o Senador Ronaldo Cunha Lima e, após dois anos, em dezembro de 1997, o texto original recebido da Câmara dos Deputados em 1984 foi aprovado pelo Senado Federal, com 331 alterações¹¹⁷.

Entre essas alterações, destaca-se a inserção de um título destinado à união estável. Isto porque, conforme visto, o projeto tinha sido remetido pela Câmara antes da promulgação da Constituição Federal, sendo necessário, portanto, que o Senado Federal compatibilizasse as disposições do projeto com a nova Carta Constitucional.

A redação original do artigo 1.735 reconhecia como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco

¹¹⁶ Sobre este Projeto de Lei, comenta Rolf Madaleno: “O Projeto de Lei n. 2.686/1996 foi de iniciativa do Ministério da Justiça, e tinha por escopo regulamentar o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, dispondo sobre o Estatuto da União Estável e assim restaria por revogar as Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996. Tinha a finalidade de corrigir falhas e preencher lacunas das precedentes leis e pretendia uniformizar um prazo mínimo de cinco anos de convivência como requisito da união estável, buscando dessa forma evitar supostas inseguranças e disparidades, salvo existindo filhos, em cuja hipótese o prazo para sua caracterização ficava reduzido para dois anos de convivência. Outro requisito era o da coabitação sob o mesmo teto, considerado pelo projeto como importante divisor de águas para diferenciar a união estável de um simples namoro. O Projeto de Lei n. 2.686/1996 foi vencido pela edição e vigência do atual Código Civil”. *In*: MADALENO, op. cit., 2020. p. 1903.

¹¹⁷ DELGADO, op. cit., 2011, p. 353.

anos. Como também, havia ainda dispositivos sobre direitos e deveres entre os companheiros, regime de bens e a possibilidade da conversão da união estável e casamento. Já o artigo 1.739 trouxe consigo a delimitação do conceito de concubinato, para fins legais, sendo considerado concubinato as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar.

Por fim, o artigo 1.802 dispôs sobre a sucessão dos companheiros, dispondo que estes, ao concorrer com os filhos comuns, terão direito a uma cota equivalente a que por lei foi atribuída ao filho; se concorrer com os descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a cada um deles; se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; e, por fim, caso inexistam parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Após sua aprovação pelo Senado Federal, o projeto novamente retornou à Câmara dos Deputados, sendo constituída nova comissão em 15 de março de 1999, tendo como Relator-Geral do projeto o Deputado Ricardo Fiúza¹¹⁸.

No final do ano 2000, o Relator-Geral do Projeto enviou o parecer final às emendas do Senado. Ao comentar as principais alterações sugeridas, ressalta que das 332 emendas aprovadas, 138 tratam do direito de família.

Na redação final do artigo 1.735, houve a supressão do prazo mínimo para configuração da união estável¹¹⁹. Nas razões do Parecer Final da Câmara para esta modificação, justificou-se da seguinte maneira:

Verifica-se que nele se insere proposta definidora da união estável, com característica não contemplada pela atual Lei nº 9.728/96, qual seja, a da duração de prazo mínimo determinado, superior a cinco anos consecutivos. Mostra-se inconstitucional o dispositivo, ao limitar a união estável à convivência superior a cinco anos, quando a própria Constituição Federal não define qualquer prazo. Seria interpretação restritiva e inconcebível vir a lei infraconstitucional, reguladora do instituto, impor prazo mínimo, para o reconhecimento dessa entidade familiar. Na verdade, o conceito “estável”, inserido no pergaminho constitucional, não está a depender de prazo certo, mas de elementos outros que o caracterizem, como os constantes do art. 1º da Lei nº 9.728/96.¹²⁰

Mário Luiz Delgado sustenta que foi o Deputado Ricardo Fiúza que modernizou o instituto da união estável, na medida em que retirou o prazo mínimo de cinco anos de

¹¹⁸ Idem, 2011.

¹¹⁹ Informa Alvaro Villaça de Azevedo que foi convidado pelo relator do Projeto, Deputado Ricardo Fiúza, para proferir uma palestra na Câmara dos Deputados, momento em que proferiu severas críticas contra o artigo 1.735, reclamando, inclusive, quanto aos prazos de duração convivencial constantes do *caput* e do §1º. In: AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001. p. 426.

¹²⁰ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil**. Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei de Câmara nº118 de 1984, que instituiu o Código Civil. Relator Geral: Deputado Ricardo Fiuza. Brasília: Câmara dos Deputados, v.1, 2 maio 2000. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf. Acesso em: 23 mar de 2021.

convivência como requisito para sua caracterização, bem como elevou o companheiro a um patamar quase igual do cônjuge¹²¹. Todavia, na Memória Legislativa do Código Civil há informação de que não foi localizada nenhuma emenda que tratasse do supracitado dispositivo, não se sabendo, ao certo, quem foi o proponente da nova redação do artigo 1.735¹²².

Em 10 de janeiro de 2002, foi então promulgado o Código Civil Brasileiro, após 30 anos da apresentação do projeto por Miguel Reale. Com 2.046 artigos, foi dividido em parte geral e parte especial, sendo esta última subdividida nos seguintes livros: do direito das obrigações; do direito de empresa; do direito das coisas; do direito de família; e do direito das sucessões.

O livro dedicado ao direito família agora consta título específico para tratar da união estável. Apesar de contar com poucos artigos, verifica-se que houve uma transposição dos principais artigos e do entendimento que existia à época sobre este instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro.

A união estável trilhou um longo caminho até chegar ao Código Civil Brasileiro, sendo certo de que legislações previdenciárias desde muito antes já vinham paulatinamente conferindo direitos aos companheiros.

A positivação da união estável no Código foi a exasperação do princípio da liberdade no momento da escolha do modelo jurídico familiar pelos casais prevista pela Constituição de 1988. Isto porque, ao estabelecer regimes jurídicos distintos, conferiu aos particulares a opção de escolherem qual regramento jurídico melhor se adequa às suas necessidades¹²³, bem como ainda trouxe a possibilidade das pessoas que optarem pelo regime da união estável convertê-la em casamento.

¹²¹ No mesmo sentido, Zeno Veloso: “O projeto de Código Civil, aprovado no Senado Federal, reconhecia a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos, podendo esse prazo ser reduzido para três anos, quando houvesse filho comum. Voltava-se ao sistema da Lei nº 8.971/94, com a marcação de um prazo certo, rígido, prefixado pelo legislador, para que a entidade familiar fosse constituída, pela união estável. Mas o relator-geral, na Câmara, Deputado Ricardo Fiúza, na fase final de tramitação do Projeto naquela Casa Legislativa, considerou ser inconstitucional o estabelecimento de prazo mínimo de duração da relação, já que a Constituição Federal não define qualquer prazo, sendo o conceito de estabilidade que deve informar a existência da relação produtora de efeitos jurídicos”. *In*: VELOSO, op.cit., 2003. p. 111.

¹²² PASSOS, Edilenice. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012.

¹²³ Para Renata Vilela: “o exercício da autonomia existencial alcança um de seus principais sentidos no âmbito das relações familiares. Verifica-se, dessa forma, um inegável crescimento do valor da liberdade individual nesse campo, principalmente no que tange à livre autodeterminação das pessoas em relação ao modelo familiar que desejam instituir. Pela substituição do modelo tradicional da família como instituição pelo modelo da família democrática, esta como instrumento de realização da personalidade e da dignidade de seus membros, é que resulta a impossibilidade de considerá-la autonomamente em relação aos indivíduos que a compõem. [...] essa é a razão pela qual a ingerência do estado na regulação das relações conjugais consiste numa inversão de valores, uma vez que, de acordo com a principiologia constitucional, não há como sustentar que as pessoas estejam vinculadas a um modelo familiar que atenda aos interesses do próprio estado e não aos próprios de cada indivíduo. *In*: MULTEDO, op.cit., 2017, p. 24.

3 HIERARQUIZAÇÃO OU LIBERDADE DE ESCOLHA? AS PRINCIPAIS DISTINÇÕES ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O artigo 226, §3º da Constituição Federal estabeleceu que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”¹²⁴.

Embora tenha sido na Carta Cidadã que a união estável foi alçada à condição de entidade familiar, é questionado se o final deste dispositivo trouxe, em verdade, uma hierarquização dos regimes jurídicos familiares, com uma prevalência do casamento sobre a união estável¹²⁵.

Paulo Lôbo¹²⁶ aponta que a interpretação desse artigo pode levar a duas teses antagônicas, sendo a primeira a que entende que há uma primazia do casamento, concebido como o modelo de família por excelência, afastando a igualdade entre os tipos, devendo os demais receberem tutela jurídica limitada. Por outro lado, a segunda tese, a qual ele se filia, seria a de que há igualdade entre os tipos, não havendo prevalência de nenhum tipo sobre os demais e a Constituição assegura a liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas. Assim, para o autor, a norma do §3º do artigo 226 da CF/88 configura muito mais um comando para o legislador infraconstitucional, com o intuito de que este remova eventuais obstáculos para que os companheiros que desejem se casar, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração, do que a preferência de um instituto ao outro.

¹²⁴ Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132, Relatoria Ministro Ayres Britto, equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Relator Min. Ayres Britto. Plenário, D. J. 14/19/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 20 de set. de 2021; BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, 05 maio 2011. DJe-198. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 20 de set. de 2021.

¹²⁵ Para Rolf Madaleno, “A Carta Política de 1988 resgatou a dignidade do concubinato e passou a denominá-lo união estável, mas não tratou o legislador constituinte de apagar as marcas do preconceito e da histórica censura às relações informais de uma união marginal que, embora socialmente tolerada, já mereceu no período colonial brasileiro a condição de crime passível do degredo e do cárcere. Claro que os tempos e a legislação constitucional não reservaram tamanha ojeriza cultural à união estável, mas, ao estabelecer que a relação informal possa a qualquer tempo ser convertida em matrimônio (CF, art. 226, § 3º), com efeito, que fez parecer existir uma espécie de segunda categoria de entidade familiar, com uma nem tão velada preferência pela instituição do casamento.” *In*: MADALENO, op.cit., 2020. p. 57.

¹²⁶ LOBO, op.cit., 2021. p. 84.

Para além da discussão acerca da parte final do §3º do art. 226 da CF/88, discute-se, ainda, se o próprio Código Civil não tratou de forma diferenciada as entidades familiares conjugais, com prevalência pelo casamento sobre a união estável¹²⁷.

Em face dessas problemáticas e para melhor compreender as discussões envolvendo as equiparações dos efeitos do casamento e da união estável e se há, ou não, uma predileção de uma em detrimento da outra, é necessário, em primeiro lugar, analisar as principais distinções entre os institutos previstas no Código Civil de 2002, sem procurar, *a priori*, realizar juízos de valores acerca dos dispositivos.

Ressalta-se que, como o presente trabalho busca elencar as principais diferenciações dos institutos jurídicos, não será tratado especificamente das disposições que já foram previstas para serem aplicadas de forma igualitária pelo diploma legal para ambos, a exemplo dos tipos de regimes de bens, onde o artigo 1.725 dispõe que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

3.1 SUPORTE FÁTICO E NATUREZA JURÍDICA

Inicialmente, mister se faz analisar o suporte fático e a natureza jurídica da união estável e do casamento. Isto porque, se considerássemos que esses se tratam apenas de relacionamentos amorosos, não haveria razão de ser na distinção existente entre namoro, noivado, união estável e casamento.

Pontes de Miranda, em sua obra, dividiu, primeiramente, o mundo em duas partes: mundo dos fatos e do direito. Dentro deste último, trabalha-se em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Assim, para uma norma jurídica existente, válida e eficaz, é necessário que ela perpassasse por todos esses planos sem que haja nenhum tipo de vício.

Suporte fático é o fato ou o conjunto de fatos previstos pela norma jurídica que, quando ocorrem no mundo dos fatos¹²⁸, fazem incidir a regra jurídica, juridicizando-o, tornando-os

¹²⁷ Para Maria Berenice Dias, o Código Civil emprestou tratamento discriminatório entre as duas entidades familiares que, para a autora, só se distinguem pela forma de constituição. Assim, para ela, todas as demais diferenciações previstas no diploma legal para o casamento e para a união estável seriam espécie de discriminação e, portanto, inconcebíveis em nosso ordenamento jurídico. *In*: DIAS, op.cit., 2020. p. 575.

¹²⁸ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado – Volume 1**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 51.

fatos jurídicos. Assim, trata-se de um conceito do mundo dos fatos e não um conceito jurídico¹²⁹.

Desta feita, em sendo preenchido o suporte fático de uma regra jurídica, haverá a incidência desta sobre o fato, fazendo-o existir no mundo do direito. A partir de então, será observado se esse fato entrou no mundo do direito da forma como prevista pela norma ou se houve algum vício que o maculou, tornando-o, neste ponto, um ato inexistente, inválido ou ineficaz.

Apesar de ter aproximadamente trinta artigos dedicados a tratar dos requisitos necessários para a existência do casamento, não há um artigo no Código Civil que traduza o seu conceito. O artigo 1.511, que inicia as disposições acerca do casamento, apenas afirma que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Coube, então, à doutrina estabelecer o conceito do casamento, e discutir acerca da sua natureza jurídica. Importante ter em mente a opinião de Caio Mário da Silva Pereira¹³⁰, para quem a noção conceitual de casamento não pode ser imutável, na medida em que as ideias que satisfaziam os gregos ou romanos e que vigoraram durante a Idade Média já não satisfazem as exigências da geração atual, ante as diversas transformações da sociedade.

Interessa, então, observar como o conceito do casamento foi sendo alterado ao longo dos anos pelos doutrinadores brasileiros, com o intuito de se adaptar à nova realidade social. Assim, a título de exemplo, se antes falava-se em relação formada por homem e mulher, atualmente fala-se apenas em casal, de forma genérica, ante a equiparação, pelo Supremo Tribunal Federal, das relações heteroafetivas e homoafetivas para fins de constituição de união estável¹³¹.

Caio Mario da Silva Pereira cita a clássica definição de Clóvis Beviláqua, para quem “o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 70.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil – Volume V**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 79.

¹³¹ Considerando o julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 pelo STF, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 175, em 2013, em que previu, em seu artigo 1º, ser “vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. *Vide*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 10 set. 2021.

comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer¹³²”.

Por seu turno, Washington de Barros Monteiro conceituou o casamento como “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, com a finalidade de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”¹³³. Para Pontes de Miranda¹³⁴, “o casamento é o contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”.

Mais contemporâneo, Cristiano Chaves, Felipe Netto e Nelson Rosenvald¹³⁵ entendem o casamento como uma “entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial”.

Para Paulo Lôbo, o casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do estado¹³⁶ e o seu suporte fático pode ser decomposto em atos de habilitação, solenidade de celebração, declaração de vontade dos nubentes, declaração do celebrante e registro público¹³⁷.

A ausência de uniformidade no conceito do casamento também é vista na discussão envolvendo a sua natureza jurídica, havendo três correntes principais, a saber: a teoria institucionalista, a teoria contratualista e a teoria mista.

A teoria institucionalista entende o casamento como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas que tem seus efeitos e forma estabelecidos por lei. Assim, malgrado as partes tenham a opção de escolher com quem casar e quando casar, elas não podem discutir o conteúdo dos direitos e deveres, a forma de constituição e dissolução, posto que não é possível alterar a disciplina legal das suas relações.

¹³² BEVILAQUA, Clóvis. *Apud*: PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil – Volume V**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 78.

¹³³ TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, 2010. p. 32.

¹³⁴ MIRANDA, *op.cit.*, 2000. p. 282.

¹³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 1719.

¹³⁶ LOBO, *op. cit.*, 2021. p. 97.

¹³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. *In*: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Orgs.). **Direito de Família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 101-116.

Ressalta Maria Helena Diniz, autora que se filia a esta corrente¹³⁸, que “esse ato de adesão dos que contraem matrimônio não é um contrato, uma vez que, na realidade, é a aceitação de um estatuto tal como ele é, sem qualquer liberdade de adotar outras normas¹³⁹”.

A teoria contratualista, por sua vez, inicialmente entendia que o casamento era um contrato civil, regido pelas normas comuns a todos os contratos. Entretanto, ao longo dos anos ela sofreu algumas variações e, sendo que atualmente a corrente majoritária¹⁴⁰ entende que se trata de um contrato especial ou *suis generis*, posto que possui efeitos peculiares e relações específicas, não lhe sendo aplicável, indistintamente, às normas dos contratos em geral.

Em meados dos anos 1960, Orlando Gomes¹⁴¹ já defendia a feição especial do contrato de casamento:

tudo depende realmente, da significação que se dê ao vocábulo contrato. Se reservado aos negócios jurídicos bilaterais de conteúdo patrimonial, evidente é que o casamento rejeita a equiparação, mas se possui acepção mais ampla, não há como lhe recusar natureza contratual. (...) o que se afirma é a contratualidade peculiar do casamento, isto é, sua qualificação de contrato submetido a regras especiais. Mas, em essência, o

¹³⁸ O autor Washigton de Barros Monteiro também era fiel defensor dessa corrente. Em atualização do seu manual de Direito de Família, realizada por Regina Beatriz Tavares, a autora destaca a opinião do autor: “Professor Washigton de Barros Monteiro era fervoroso defensor da natureza institucional do casamento. Dizia o Mestre que reduzi-lo a simples contrato seria equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades. Outrossim, segundo ele, repousa o contrato, precipuamente, no acordo de vontades, ao passo que no casamento não basta o elemento volitivo, tomando-se igualmente necessária a intervenção da autoridade civil para sancionar e homologar o acordo livremente manifestado pelos nubentes. Além disso, dizia o Professor Washigton que o contrato, por sua natureza, pode distratar-se (Código Civil, art. 472), enquanto no casamento a situação é diversa, já que a sua dissolução depende de formalidades legais” *In*: TAVARES DA SILVA, op.cit., 2010. p. 32.

¹³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume 5: Direito de Família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.

¹⁴⁰ Também se filiam a teoria contratualista: Caio Mario da Silva Pereira, para quem “o casamento é um contrato especial, dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou contrato de direito de família, em razão das relações específicas por ele criadas”. *In*: PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil – Volume V**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 79. Regina Beatriz Tavares da Silva entende que o caráter volitivo está presente no contrato, em sua formação, duração e dissolução. Para a autora, em razão de sua regulamentação ser realizada, em grande parte, por normas de ordem pública, de caráter imperativo, sua natureza contratual é especial: é um contrato de direito de família. *In*: TAVARES DA SILVA, op.cit., 2010. p. 32. Por sua vez, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que “a natureza jurídica do casamento é negocial, ou seja, contratual. Mas vai um pouco além disso, pois há regras no casamento que não podem ser discutidas ou mudadas, como por exemplo, mudar a forma de celebração ou deixar de atender requisitos de habilitação” *In*: PEREIRA, op.cit., 2020. p. 111. Por seu turno, ressalta Maria Berenice Dias que “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. Por isso, é descabido tentar identificar o casamento com institutos que tenham apenas por finalidade exclusivamente questões de ordem obrigacional. Os pressupostos dos contratos de direito privado não são suficientes para explicar a sua natureza. O casamento é negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos. É regido pelo direito das famílias. Assim, talvez, a ideia de negócio jurídico de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado” e a autora ainda vai além. Para ela, é possível afirmar que o casamento é um contrato de adesão, em que os efeitos e formas estão previamente estabelecidos em lei, não havendo espaço para vontade dos noivos, que limitam a dizer sim diante da autoridade civil. *In*: DIAS op.cit., 2020. p. 462-463.

¹⁴¹ GOMES, op. cit., 1976. p. 52-53.

casamento resulta de livre acordo de vontade dos que o contraem, assim como sucede com os negócios contratuais. As duas principais objeções à sua natureza contratual, a da indissolubilidade do vínculo e a da impossibilidade de o regular por modo diverso da sua disciplina legal não a destroem. É verdade que a lei impõe restrições a mais intensa e extensa vontade das partes do que as de qualquer contrato, mas, nos aspectos em que o interesse geral não aconselha normas imperativas, as partes podem reger seus interesses com relativa liberdade, como acontece com o regime de bens, livremente escolhido dentre os que a lei oferece, e alterável, segundo algumas legislações, no curso da convivência conjugal. A necessidade de adesão ao estatuto legal não elimina a base voluntarista do casamento. O que imprime a um ato natureza contratual não é a livre determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua formação por acordo livre e espontâneo de vontades. Trata-se, porém, de contrato de feição especial, a que não se aplicam disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem respeito: a) a capacidade dos contraentes; b) aos vícios de consentimento; c) aos efeitos. Aplicam-se à relação matrimonial, no entanto, as regras de interpretação dos contratos de direito privado.

A terceira corrente, chamada de eclética, defende que o casamento é um ato complexo, sendo considerado na sua formação um contrato, mas em relação ao seu conteúdo seria uma instituição.

Flávio Tartuce, defensor desta teoria, ressalta que as duas últimas correntes parecem se confundir, na medida em que há o entendimento de que seria um contrato especial. Porém, afirma que é inconcebível a visão do casamento como um contrato puro, sendo mais pertinente afirmar que o casamento “é um negócio jurídico especial, com regras próprias de constituição e princípios específicos, que, *a priori*, não existem no campo contratual”¹⁴².

Atualmente, há quem entenda que não há mais razão de ser em debater acerca da natureza jurídica do casamento¹⁴³, posto que com o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, que instituiu o divórcio direto, restou consagrada a teoria contratualista no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴⁴.

Não obstante, em que pese nos filiar-mos à corrente contratualista, entendemos que é extremamente necessário o aprofundamento no estudo das teorias da natureza jurídica dos institutos, para compreender a sua razão de ser e suas consequências jurídicas, posto que, a depender da teoria que se filie, haverá desdobramentos distintos¹⁴⁵.

¹⁴² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1781.

¹⁴³ De forma mais radical, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que: “A natureza jurídica do casamento já rendeu longas discussões e polêmicas dos doutrinadores clássicos, brasileiros e estrangeiros. Hoje, na era da família plural e globalizada, ela tornou-se inútil e despicienda”. *In*: PEREIRA, op.cit., 2020. p. 110.

¹⁴⁴ Nesse sentido, *vide*: DIAS, op.cit., 2020. p. 462-463; e FARIAS; NETTO, op.cit., 2019. p. 1719.

¹⁴⁵ Nesse ponto, importa fazer um adendo: a maior crítica à teoria contratualista residia no fato de que o casamento era indissolúvel. Desta feita, com a possibilidade do divórcio e, em 2010, com o advento do divórcio direto, reforçou-se, de fato, a tese da teoria contratualista. Entretanto, importa observar que esta não era a única distinção que ensejava o debate acerca da natureza jurídica do casamento. Isto porque, a depender da compreensão de quando se constitui o casamento, resta extremamente vigente e atual a discussão. A partir da leitura do artigo 1.514 do Código Civil, caso adote-se a constituição do casamento como o momento em que as partes manifestam sua vontade, estar-se-ia diante da teoria contratualista; entretanto, caso se entenda que o casamento se constitui com a

A união estável possui seu conceito e suporte fático definidos expressamente no artigo 1.723 do Código Civil, a saber: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo e constituição de família”. Outrossim, o §1º do mesmo artigo estabelece que não será constituída a união estável se ocorrerem algum dos impedimentos previstos no artigo 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Apesar de existir um conceito bem definido sobre o que é a união estável e o seu suporte fático, não se afastaram as discussões envolvendo a sua natureza jurídica¹⁴⁶. Debate-se, então, doutrinariamente, se a união estável seria um ato-fato jurídico ou um negócio jurídico. Para maior aprofundamento, faz-se necessário entender esses conceitos de forma isolada, para só então transpor para o instituto da união estável.

Ensina Pontes de Miranda que os atos-fatos jurídicos são “os atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais não se leva em conta o conteúdo da vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas”¹⁴⁷.

A conduta humana é, portanto, indispensável para configuração do ato-fato jurídico. Entretanto, a vontade de realizar aquele ato não precisa ser manifestamente expressa para que haja a sua configuração.

Marcos Bernardes de Mello¹⁴⁸ classifica o ato-fato jurídico nas seguintes espécies: reais, na qual o fato resultante é o que importa para a configuração do fato jurídico, e não o ato humano; indenizativos, os quais se configuram nas situações em que uma conduta lícita causa danos a terceiros; caducificantes, que se concretizam nas situações que constituem fatos jurídicos, tendo como efeito a extinção de determinado direito. Além disso, aponta o autor para uma última categoria, de cunho excludente, para as demais hipóteses que não se enquadram nas categorias supracitadas, mas que tem como característica marcante o fato de que para sua

presença do Estado, no momento em que o celebrante os declara “marido e mulher”, reforça-se a teoria institucionalista. Assim, observa-se que as discussões acerca da natureza jurídica do casamento ainda são extremamente relevantes e necessárias ao estudo do direito de família.

¹⁴⁶ Interessante observar que muitos doutrinadores não chegam a tratar da natureza jurídica da união estável, passando apenas para explanar seus elementos constituidores, o que, a nosso ver, prejudica consideravelmente a compreensão acerca do instituto. Isto porque, a depender da qualificação jurídica que se classifique a união estável, haverá uma série de consequências distintas, sendo fundamental o estudo sobre a natureza jurídica dos institutos a fim de entender seus desdobramentos jurídicos. Nesse sentido, *vide*: FARIAS; NETTO, op.cit., 2019; NADER, op.cit., 2016; MADALENO, op.cit., 2020.

¹⁴⁷ MIRANDA, op.cit., 2000. p. 133.

¹⁴⁸ MELLO, op.cit., 2019. p. 174-179.

configuração não se exige a presença de vontade relevante, a exemplo do pagamento da usucapião.

O negócio jurídico, por sua vez:

é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico¹⁴⁹.

Tendo em mente esses conceitos, a doutrina, em sua maioria¹⁵⁰, entende que a natureza jurídica da união estável é um ato-fato jurídico. Pioneiro nesta classificação, Paulo Lôbo¹⁵¹, em 2008, discorreu sobre o tema, afirmando que a convivência, publicidade e continuidade são situações exclusivamente de fato, as quais independem da manifestação de vontade dos companheiros, sendo certo de que, em caso de divergência entre a vontade das partes e a realidade fática constituída, esta última é que prevalece.

Entretanto, apesar de ser majoritário este entendimento, é necessário frisar a opinião de Marcos Bernardes de Mello. Isto porque, desde o início, o autor nunca se filiou à corrente que defende a união estável como um ato-fato jurídico.

Anteriormente, Marcos Bernardes de Mello entendia a união estável como um ato jurídico composto por manifestação de vontade e por suporte fático que a complete, denominando esta categoria de atos jurídicos compósitos¹⁵².

Em 2020, o autor publicou novo artigo em que revisitou o seu posicionamento, passando a defender a união estável como um negócio jurídico bilateral de direito de família cujo suporte fático tem como elemento cerne a exteriorização de vontade¹⁵³ de duas pessoas de estabelecerem uma convivência afetiva como se casados fossem¹⁵⁴.

Entre os seus argumentos para rejeitar a concepção da união estável como um ato-fato jurídico, Marcos Bernardes de Mello traz os seguintes argumentos: em primeiro lugar, ele afirma que no ato-fato jurídico, a vontade humana é desconsiderada, sendo recebida pelo direito

¹⁴⁹ Idem, 2019, p. 231.

¹⁵⁰ Nesse sentido, *vide*: LOBO, op.cit.; DIAS, op.cit., 2020; PEREIRA, op.cit., 2020; VELOSO, Zeno. **Direito Civil: Temas**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁵¹ LÔBO, op.cit., 2008. p. 101-116.

¹⁵² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Famílias no direito contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2010. p.162-163.

¹⁵³ Ressalta o autor que não é a amplitude do poder de autorregramento da vontade que caracteriza o negócio jurídico, sendo certo que se há faculdade de escolha, por mínima que seja, há poder de autorregramento da vontade e, por consequência, negócio jurídico.

¹⁵⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Breves Notas sobre o Perfil Jurídico da União Estável. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. ano 9. n. 24. Belo Horizonte. Maio/Agosto – 2020.

como avolitiva, sendo certo de que quando a norma jurídica prevê uma exteriorização consciente de vontade, estar-se-á diante um ato jurídico *lato sensu*.

Em segundo lugar, sustenta que na categoria de ato-fato jurídico o conteúdo da sua eficácia é predeterminado pela norma, não havendo possibilidade de existir ampliação ou redução pelo exercício do autorregramento da vontade. Por fim, o autor ainda destaca que os ato-fatos jurídicos não perpassam pelo plano da validade, sendo que os menores de 16 (dezesesseis) anos são incapazes de constituir união estável¹⁵⁵.

Nos filiamos a corrente majoritária, a qual entende a união estável como um ato-fato jurídico, posto que entendemos que a vontade não é um elemento nuclear do suporte fático da união estável.

Com efeito, considerando o desenrolar histórico da união estável até a sua positivação no CC/2002, em que ela foi concebida para ser uma entidade familiar livre de formalidades para a sua constituição, com uma menor interferência estatal em seu relacionamento, entende-se que basta a presença, na relação conjugal, dos seus requisitos para que ela se configure no mundo jurídico, não sendo necessária a manifestação expressa da vontade dos particulares, sendo certo de que a ausência de manifestação expressa não implica em afirmar que a união estável independe da vontade para que se constitua, mas, conforme expressamente estabelece o art. 1.723 do CC/2002, basta o seu aspecto subjetivo consistente no escopo de constituição de família.

3.2 A FORMA DE CONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Considerando o casamento um contrato solene, faz-se necessário agora discorrer acerca da forma de sua constituição. O Código Civil dispôs de forma exaustiva, entre os artigos 1.511 ao 1.542 acerca da celebração do casamento.

Para contrair casamento, as partes devem ter maioridade civil, ou seja, 18 anos completos. Entretanto, permite-se o casamento de maiores de 16 (dezesesseis) anos, desde que haja a autorização dos pais ou, em caso de recusa destes, da autoridade judicial¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Atualmente, este é um grande debate em aberto: a possibilidade de menores de 16 anos constituírem união estável. Isto porque, em adotando a teoria da união estável como um ato-fato jurídico, de fato, não se perpassa pelo plano da validade, o que levaria a crer que seria juridicamente possível uma união estável constituída por menores de 16 anos. Todavia, a nosso ver, poder-se-ia transpor este requisito para o plano da existência, adicionando, na legislação, o requisito mínimo de idade no suporte fático da união estável.

¹⁵⁶ Importa destacar que a Lei nº 13.811 de 2019, que alterou a redação do artigo 1.520 do Código Civil, extinguiu a possibilidade de menores de 16 (dezesesseis) anos contraírem casamento.

Outrossim, são impedidos de casar: os descendentes com descendentes os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau, inclusive; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas e; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

Em não havendo impedimentos ou causas suspensivas¹⁵⁷ para a constituição do casamento, inicia-se o processo de habilitação. O requerimento de habilitação deve ser firmado por ambos os nubentes de próprio punho ou por procuração, devendo ser instruído com certidão de nascimento; declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem que não existe impedimento para tanto; declaração do estado civil, domicílio e residência atual dos contraentes e seus pais e, caso um dos nubentes seja viúvo, certidão de óbito do cônjuge falecido e, em caso de divorciado, registro da sentença do divórcio.

A habilitação deve ser feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com audiência do Ministério Público. Em estando toda a documentação em conformidade, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e obrigatoriamente, será publicado na imprensa local, se houver¹⁵⁸.

Caso toda essa tramitação inicial ocorra sem problemas¹⁵⁹, o oficial de registro extrairá o certificado de habilitação, o qual tem eficácia de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado.

Neste lapso de noventa dias, deve ser marcada a celebração do casamento, a qual será realizada na sede do cartório¹⁶⁰, com toda a publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes.

O artigo 1.514 afirma que o casamento se realiza no momento em que os nubentes manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

¹⁵⁷ O artigo 1.523 do Código Civil elenca as hipóteses em que não devem se casar. Nesses casos, é permitido aos nubentes que solicitem ao juiz que não lhe sejam aplicadas as causas suspensivas, caso demonstrem a inexistência de prejuízo ou o nascimento do filho e/ou a inexistência de gravidez.

¹⁵⁸ O parágrafo único do artigo 1.527 do Código Civil permite que a autoridade competente dispense a publicação, em caso de urgência.

¹⁵⁹ O artigo 1.530 do Código Civil estabelece que o oficial de registro dará aos nubentes ou seus representantes, nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem os ofereceu, permitindo que os nubentes requeiram prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.

¹⁶⁰ Permite-se a celebração do casamento em edifício particular, desde que as portas estejam abertas durante todo o ato. (Art. 1.534, §1º do CC/2002).

Importa destacar que, nos termos do artigo 1.538 do CC/2002¹⁶¹, caso algum dos contraentes recuse a solene afirmação da sua vontade, ou declare que não é de livre e espontânea vontade a realização do casamento, ou, ainda, manifestar-se arrependido, a celebração será imediatamente suspensa. Outrossim, não será admitida a retratação no mesmo dia do nubente que incorrer em algumas das hipóteses elencadas.

Após a realização da solenidade, lavrar-se-á o assento no livro de registro, devendo constar: os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges, dos pais e das testemunhas; o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior, se houver; a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro; e o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.

Em linhas gerais, esse o procedimento ordinário¹⁶² para que se contraia o casamento. Observa-se que a legislação esmiuçou todas as etapas, com várias regras a serem seguidas para que possa ser constituído.

No tocante à união estável, partindo da premissa desta ser um ato-fato jurídico que independe de manifestação expressa de vontade para que se configure, é necessário observar de forma isolada se estão presentes, naquele relacionamento conjugal, todos os seus elementos, para que se constitua.

A partir do conceito da união estável previsto no Código Civil, observa-se que existem requisitos de ordem objetiva, a saber: a união de duas pessoas¹⁶³, de forma pública, contínua e duradoura; e um requisito de ordem subjetiva: o objetivo de constituir família.

¹⁶¹ Art. 1.538. A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes:

I - recusar a solene afirmação da sua vontade;
II - declarar que esta não é livre e espontânea;
III - manifestar-se arrependido.

Parágrafo único. O nubente que, por algum dos fatos mencionados neste artigo, der causa à suspensão do ato, não será admitido a retratar-se no mesmo dia.

¹⁶² Nos artigos 1.539 e 1.540 do Código Civil, há a previsão para casamento realizado com moléstia grave de um dos nubentes ou em caso de iminente risco de vida, sendo hipóteses excepcionais que possuem algumas variantes em relação ao procedimento tradicional.

¹⁶³ Conforme dito anteriormente, diante da decisão do STF que, interpretando conforme a constituição, o artigo 226, §3º da CF/88 estabeleceu ser possível a união estável de pessoas do mesmo sexo, este trabalho optou por tratar apenas de casais, independentemente de sua orientação sexual.

O princípio da monogamia, malgrado não esteja expresso na Constituição Federal, rege as relações familiares, tendo uma função de um “princípio jurídico organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental”¹⁶⁴.

Em sendo um dos princípios basilares do direito de família brasileiro, o princípio da monogamia é aplicado indistintamente no casamento e na união estável¹⁶⁵. Pode-se, então, concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a constituição de uma união estável poliafetiva¹⁶⁶.

Perfilhando desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE¹⁶⁷, sob o rito de repercussão geral, decidiu, por maioria, pela impossibilidade de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, com o consequente rateio da pensão previdenciária entre os “companheiros” supérstites.

Para fins de repercussão geral, fixou a seguinte tese: “a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”¹⁶⁸.

Assim, em havendo uma união entre duas pessoas, é necessário observar se restam presentes os demais elementos de ordem objetiva para configuração da união estável. Em relação à publicidade, precisa que as partes se relacionem de forma pública entre os seus meios social e familiar. Não se exige que haja uma ostensividade, mas que seja um fato notório a existência do relacionamento familiar entre o casal¹⁶⁹.

¹⁶⁴ PEREIRA, op.cit., 2020. p. 85-86.

¹⁶⁵ Há uma discussão doutrinária se o princípio da monogamia seria aplicável ou não a união estável ou seria restrito para o casamento. Fundamentam a discussão em razão da distinção dos deveres do casamento e da união estável, na medida em que o artigo 1.565 estabeleceu como dever dos cônjuges o da fidelidade recíproca, enquanto é dever dos companheiros apenas a lealdade. Para maiores informações sobre o tema, *vide*: DIAS, op.cit., 2020; LOBO, op.cit., 2021.

¹⁶⁶ Importa destacar que já em 2016, o Deputado Vinicius de Carvalho propôs o Projeto de Lei nº 4.302, a fim de proibir o reconhecimento da união poliafetiva formada por mais de um convivente.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 21 de dezembro de 2020, publicado em 09 de abril de 2021.

¹⁶⁸ Em 08 de fevereiro de 2021, foi proposto o Projeto de Lei nº 309/2021, pelo Deputado José Nelto, com o intuito de acrescentar o artigo 1.724-A ao Código Civil, fazendo constar na Lei a tese fixada pelo STF. A redação proposta foi a seguinte: “Art. 1.724-A. A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvadas as hipóteses excepcionais de que trata o § 1º do caput do art. 1.723 do Código Civil, impede a caracterização e o reconhecimento de novo vínculo de união estável referente ao mesmo período de tempo, inclusive para fins previdenciários. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não inviabiliza, quando comprovada a existência de uma sociedade de fato e desde que demonstrada a contribuição para a aquisição do patrimônio, ou parte dele, o cabimento da partilha proporcional à participação de cada convivente.

¹⁶⁹ Ao comentar as disposições do Código Civil, ainda em 2003, Zeno Veloso já destacava que: “apesar de ter usado o vocábulo público, como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos

A título de exemplo, no julgamento do REsp nº 1.678.437/RJ¹⁷⁰, julgado em 21 de agosto de 2018, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a data gravada nas alianças do casal – 25.02.2002 – como termo inicial da união estável, ante a ausência do requisito da convivência pública. Assim, foi fixado como termo inicial a data de 24.03.2003, momento em que o Tribunal entendeu estarem presentes todos os elementos constituidores da união estável.

Além do mais, o requisito da publicidade não se confunde com necessidade de elaboração de declaração de união estável em cartório, sendo que eventual documento realizado pelas partes possui mero cunho declaratório¹⁷¹ e não constitutivo.

Necessita-se, ainda, que a relação seja contínua e duradoura. Este requisito, nos dias atuais, vem sendo constantemente alvo de debates no Poder Judiciário. Apesar de ser considerado um elemento de ordem objetiva, há um quê de subjetividade nessa questão, haja vista que o Código Civil, mantendo o entendimento esposado na legislação anterior sobre o tema, restou silente quanto ao lapso temporal mínimo para configuração da união estável¹⁷².

extremos de sua significação semântica. O que a lei exige, com certeza, é a notoriedade. Há uma diferença de graus: embora tudo o que seja público é notório, nem tudo o que é notório é público. Interpretando-se a norma com inteligência e razoabilidade, tem-se que concluir que basta que a relação seja conhecida no meio social em que se vivem os parceiros (...) um relacionamento, para alcançar o patamar de união estável, não pode ser esquivo, escondido, dissimulado, secreto, clandestino”. *In*: VELOSO, op.cit., 2003. p. 110-111.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.678.437/RJ – Rio de Janeiro**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 21 de agosto de 2018, publicado em 24 de agosto de 2018.

¹⁷¹ Em razão de ser um ato-fato jurídico que independe de manifestação expressa da vontade para que se constitua, é que eventual documento que ateste a união estável tem mero cunho declaratório e não constitutivo. Nesse sentido, as ações judiciais envolvendo a união estável tem por fito reconhecer a existência – ou não – de uma união estável naquele relacionamento conjugal. Há de se destacar que a jurisprudência brasileira entende que não é necessário, obrigatoriamente, que haja uma ação de reconhecimento e eventual dissolução de união estável, sendo possível, por exemplo, o reconhecimento da existência de união estável nas ações de inventário. Em 2017, no julgamento do Recurso Especial nº 1.685.935/AM, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de reconhecimento de união estável em ação de inventário, desde que esta possa ser comprovada por documentos incontestes juntados aos autos do processo. *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.685.935/AM**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 17 de agosto de 2017, publicado em 21 de agosto de 2017. Em março de 2021, foi proposto o Projeto de Lei nº 951/2021, que se encontra em tramitação, tendo por fito acrescentar “parágrafo ao artigo 1.723 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para permitir o reconhecimento de união estável nos autos do inventário”. *Vide*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 951/2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2274247> . Acesso em: 20 set. 2021.

¹⁷² Regina Beatriz Tavares da Silva, que participou do processo de elaboração e promulgação do Código Civil, durante as emendas e reformas realizadas após 1988, ressaltou, em artigo, que as questões procedimentais envolvendo a elaboração de um projeto de lei foram fundamentais para a retirada do lapso temporal da união estável, a saber: “caso se realizasse a diminuição do prazo de cinco anos para dois danos de duração da relação para produzir efeitos familiares, o projeto de lei deveria retornar ao Senado, sendo que a opção da relatoria do projeto de Código Civil via a necessidade de aprovação de um novo Código Civil, em face do cipoal de normas até então existentes em leis de natureza extravagante ou extraordinária, videntes desde a entrada em vigor do diploma civil anterior, do ano de 1916. Não se queria um *ping pong* legislativo, com o retorno do projeto, em bloco, ao senado, possíveis novas alterações, diante da natural criatividade dos legisladores, nova volta a câmara dos deputados, com tantas outras modificações e um processo legislativo sem fim. Em suma, por causa das limitações regimentais do Congresso Nacional, operadas pela Resolução 1/2000, que alterou a Resolução 1/70, segundo a qual na Casa em que se finaliza a tramitação de um projeto de lei não cabe a alteração da redação

Desta feita, cabe ao intérprete, no caso concreto, averiguar se restam presentes os requisitos da durabilidade e estabilidade, sendo certo de que estes requisitos são constantemente interligados com a questão temporal¹⁷³.

Nesse diapasão, com a intenção de conferir maior segurança jurídica ao instituto da união estável e evitar que os requisitos da durabilidade e estabilidade sejam alvos de interpretações discrepantes perante o Judiciário, há quem defenda o retorno do lapso temporal mínimo para constituição da união estável.

Carlos Alberto Garbi¹⁷⁴ defende a possibilidade de considerar o período de dois anos como necessário para aferir a estabilidade do casal. Para o autor, esse tempo é indicado pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, quando se trata da separação judicial ou quando trata do cônjuge separado de fato como curador do ausente.

Já Rodrigo da Cunha Pereira¹⁷⁵ entende que não se pode esquecer o período consagrado na legislação anterior, de cinco anos, para reconhecimento da união estável como um balizador para a busca do elemento da durabilidade e estabilidade desses relacionamentos. No entanto, defende o autor que “é apenas uma referência e não poderá ser jamais elemento determinante”.

A questão da estabilidade em contraponto com a durabilidade é um problema que já vem sendo visto no Judiciário brasileiro. O STJ, no julgamento do REsp nº 1.761.887/MS¹⁷⁶, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 06 de agosto de 2019, afastou o reconhecimento de uma união estável entre um casal que estava se relacionamento há dois meses, sendo que coabitaram apenas por duas semanas. No acórdão, ficou assentado que:

projetada na outra Casa, cabendo somente a integração das inovações legislativas ocorridas durante o curso de sua tramitação, além das correções de redação e inconstitucionalidades, para evitar que o projeto retornasse, em bloco e, portanto, na sua totalidade ao Senado, a Comissão de Juristas optou pela integração no projeto de Código Civil da redação da última lei sobre união estável vigente”. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A frouxidão dos requisitos da união estável e a equiparação de seus efeitos aos do casamento no direito brasileiro. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García de. (coords.). **Tratado da União de Fato**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2021. p. 421.

¹⁷³ Para Maria Berenice Dias, “ainda que não exigido o decurso de lapso temporal mínimo para caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial. Deve ser prolongada no tempo e sem solução de continuidade”. *In*: DIAS, op.cit., 2020. p. 585. Por seu turno, destaca Zeno Veloso que “o Código não marcou um tempo certo, um prazo rígido, um período mínimo de vida em comum, para que se constitua a união estável. E, é claro, não estão integradas na hipótese legal as relações passageiras, fugazes, as aproximações que têm em vista outros fins e objetivos, que não o de criação de uma família. Todavia, algum tempo é necessário, já disse, e em caso de dúvida, decidirá o juiz, conforme as circunstâncias. Uma convivência que dura dois anos, por exemplo, pode ser considerada união estável, e um relacionamento que se estende por cinco anos pode não ser”. *In*: VELOSO, op.cit., 2003. p. 113.

¹⁷⁴ GARBI, Carlos Alberto. A união de fato “duradoura” – em busca do tempo perdido. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García de. (coords.). **Tratado da União de Fato**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2021. p. 270.

¹⁷⁵ PEREIRA, op.cit., p. 182.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.761.887/MS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 06 de agosto de 2019, publicado em 24 de setembro de 2019.

Em relação à exigência da estabilidade para configuração da união estável, apesar de não haver previsão de um prazo mínimo, exige a norma que a convivência seja duradoura, em período suficiente para demonstrar a intenção de constituir família, permitindo que se dividam alegrias e tristezas, que se compartilhem dificuldades e projetos de vida, sendo necessário um tempo razoável de relacionamento. Na hipótese, o relacionamento do casal teve um tempo muito exíguo de duração – apenas dois meses de namoro – sendo duas semanas em coabitação, que não se permite a configuração da estabilidade necessária para o reconhecimento da união estável.

Observa-se, portanto, que o entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça também vem caminhando no sentido de associar os requisitos da continuidade e durabilidade ao fator tempo. Assim, deve haver um período mínimo e razoável – ainda que não expresso na legislação brasileira – para que se possa afirmar que um relacionamento é contínuo e duradouro.

Por fim, o último elemento da união estável, sendo também o único conceituado como de ordem subjetiva é o “escopo de constituir família”. Este elemento é fundamental para distinguir de outros relacionamentos amorosos, haja vista que é justamente este elemento subjetivo que faz um relacionamento sair do mundo dos fatos para o mundo do direito¹⁷⁷.

Nos dias atuais, os namoros já não são mais como antigamente¹⁷⁸. Se antes eles eram caracterizados por romances na praça, mãos dadas, idas aos cinemas e parques, atualmente os casais dormem juntos, participam ativamente das atividades familiares dos seus respectivos, realizam viagens, entre outras coisas.

Assim, a princípio, observa-se que tanto na união estável como nos namoros atuais estão presentes os elementos da publicidade, continuidade e durabilidade. É imperioso, portanto, observar se naqueles relacionamentos há – ou não – o objetivo de constituir família para que se possa fazer uma distinção entre eles.

Ao comentar os dispositivos do Código Civil, logo após a sua promulgação, no que concerne aos artigos relativos ao direito de família, Zeno Veloso¹⁷⁹ pontuou que, malgrado não seja sempre fácil provar o elemento subjetivo, este é fundamental para configuração da união estável, sendo, em suas palavras “o compromisso pessoal e mútuo de constituir uma família”.

¹⁷⁷ Diante do aspecto subjetivo da união estável ser o único elemento que a distingue de um namoro é que muitos casais vêm optando pelo uso do contrato de namoro a fim de afastar eventual configuração de uma união estável. Para maiores considerações sobre o tema, *vide* o tópico 4.3 infra.

¹⁷⁸ Em razão disso, buscou-se adotar o termo “namoro qualificado” para conceituar esses relacionamentos amorosos em que há publicidade, continuidade e durabilidade, com realização de viagens, presença na família e relações sexuais. Todavia, perfilhamos do entendimento de que isso nada mais é do que a nova concepção do namoro nos tempos modernos e, desta forma, não há a necessidade de adjetivá-lo como qualificado, na medida em que não se existe, em contrapartida, um “namoro simples” nos tempos atuais.

¹⁷⁹ VELOSO, op.cit., 2003. p. 110.

Paulo Lôbo¹⁸⁰ defende que é necessário auferir objetivamente esse requisito, a partir de elementos da realidade, para determinar a existência ou não da união estável, a exemplo da convivência duradoura sob o mesmo teto.

Desta feita, apesar de ser um elemento subjetivo que não necessita ser manifestamente declarado, a intenção de constituir família deve tentar – ao máximo – ser auferida de modo objetivo, com a finalidade de verificar se naquele relacionamento – somados aos demais elementos constituidores da união estável – há ou não uma realidade familiar ou se apenas há um projeto futuro e quiçá distante, a exemplo dos namoros e noivados – de constituição de uma entidade familiar.

A partir do exposto, pode-se observar que, em razão da natureza jurídica distinta dos institutos do casamento e da união estável, há uma diferença substancial no seu modo de constituição: enquanto o casamento é solene, com um ritual extenso para que possa se estabelecer, a união estável é uma realidade fática, dependendo apenas da presença de todos os elementos constituidores do seu suporte fático para que se configure.

Há de se destacar, ainda, uma importante diferenciação entre a união estável e o casamento no tocante à sua constituição: a impossibilidade de uma pessoa separada de fato realizar um novo casamento, mas poder constituir, naquele momento, uma união estável.

Isto porque se, por um lado, o artigo 1.521, inciso VI do Código Civil afirma que são impedidas de casar as pessoas já casadas, por outro lado, o artigo 1.723, §1º do CC/02 excetua esse impedimento para a união estável, desde que a pessoa se encontre separada de fato ou judicialmente.

¹⁸⁰ LOBO, Paulo. op.cit., 2021. p. 174.

3.3 EM PARALELO: A DIFERENÇA NA FORMA DE DISSOLUÇÃO ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

O casamento, no tocante à sua dissolução, passou por grandes transformações ao longo dos anos no direito brasileiro. Por muito tempo, o casamento foi indissolúvel¹⁸¹, sendo esta previsão constitucional¹⁸².

Todavia, em 28 de junho de 1977, a Emenda Constitucional nº 9¹⁸³ alterou a redação do §1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, para dispor que: “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Ante a nova regra constitucional, foi promulgada a Lei nº 6.515¹⁸⁴, de 26 de dezembro de 1977, que regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. O artigo 2º possibilitava o término da sociedade conjugal nas hipóteses de morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio. O parágrafo único do mesmo artigo, por sua vez, afirmava que o casamento válido somente se dissolveria pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Todavia, para obter o divórcio, era necessário, primeiramente, realizar a separação judicial. Nos termos do artigo 31 da Lei nº 6.515/1977, não se decretaria o divórcio se ainda não houvesse sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tivesse decidido sobre a partilha dos bens.

A separação judicial, de acordo com o artigo 3º da referida Lei, punha termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido. Não era permitido a qualquer casal a realização da a separação judicial, havendo um prazo mínimo para que esta fosse requerida em juízo. Em caso de mútuo consentimento dos

¹⁸¹ “Desde a colonização portuguesa até 1977, prevaleceu a indissolubilidade do casamento, projetando-se no direito civil a concepção canônica da Igreja Católica de ser o matrimônio instituição de natureza divina, que jamais poderia ser dissolvido por ato dos cônjuges. Nem mesmo a separação entre o Estado e a Igreja, com o advento da República, foi suficiente para secularizar a desconstituição do casamento, que sofreu forte resistência das organizações religiosas” *In*: LOBO, op. cit., 2021. p. 147.

¹⁸² Desde a Constituição de 1934, havia a previsão constitucional da indissolubilidade do casamento, conforme o artigo 144 da CF/1934. A regra foi reproduzida nas Constituições seguintes, a saber: Na CF/1937, em seu artigo 124; na CF/1946, no artigo 163; e na CF/67, no artigo 167, §1º, que antes da Emenda Constitucional nº 09/77, possuía a seguinte redação: “O casamento é indissolúvel.

¹⁸³ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm . Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm . Acesso em: 10 out. 2021.

cônjuges, era necessário que fossem casados por no mínimo dois anos. Outrossim, também era possível o fim da sociedade conjugal caso um dos cônjuges a requeresse e provasse que havia tido a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição¹⁸⁵.

O artigo 25 do mesmo diploma legal estabelecia um prazo de três anos – a contar da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente – para que fosse possível a conversão da separação judicial em divórcio, a qual seria decretada por sentença, sem constar referência à causa que a determinou¹⁸⁶.

Observa-se, portanto, que embora tenha se extinguido com a indissolubilidade do casamento, ainda havia empecilhos relacionados com a durabilidade do casamento, sendo necessário um tempo mínimo para se requerer a separação judicial e, posteriormente, mais um lapso temporal para que houvesse a conversão em divórcio.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar do casamento, trouxe, em seu artigo 226, §6º a previsão de que o casamento civil poderia ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Há, então, mais uma mudança no processo da dissolução do casamento: agora a Carta Constitucional previa a possibilidade do divórcio direto – para aqueles que estivessem separados de fato há mais de dois anos, sem necessidade de passar pelo trâmite da separação judicial – ou o divórcio indireto – para as hipóteses em que era necessária a realização da separação judicial primeiro.

Em observância às novas disposições constitucionais, o Código Civil de 2002 trouxe, entre os artigos 1.571 a 1.582 aspectos relacionados à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Manteve-se o prazo de um ano, previsto pela Lei nº 8.408/1992¹⁸⁷, para requerer a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges. Destaca-se, ainda, que o artigo 1.577 dispôs que, independentemente da causa da separação judicial e o modo como ela ocorreu, é lícito que os cônjuges restabeçam, a qualquer momento, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Já o artigo 1.580 estabelece que após um ano do trânsito em julgado da sentença que

¹⁸⁵ Em 1992, a Lei nº 8.408 alterou a redação do §1º do artigo 5º da Lei nº 6.515/1977 para alterar o prazo de cinco anos de ruptura da vida em comum para um ano consecutivo.

¹⁸⁶ Em 1992, a Lei nº 8.408 alterou a redação do §1º do artigo 5º da Lei nº 6.515/1977 para alterar o prazo de três anos para um ano.

¹⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992**. Dá nova redação aos dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8408.htm#:~:text=A%20convers%C3%A3o%20em%20div%C3%B3rcio%20da,%C3%A0%20causa%20que%20a%20determinou. Acesso em: 22 out. 2021.

houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar, qualquer das partes pode requerer a sua conversão em divórcio.

Mais uma vez, observa-se que a dissolução do casamento ainda se encontrava atrelada ao requisito temporal: tanto no divórcio direto quanto no indireto havia de se respeitar um tempo mínimo de casamento.

Em 2010, essa situação mudou: a Emenda Constitucional nº 66¹⁸⁸ alterou a redação do §6º do artigo 226 da CF/88 para dispor que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. Assim, extinguiu-se o requisito temporal mínimo para que fosse permitido aos cônjuges requerer o divórcio e, conseqüentemente, dissolver a sociedade conjugal¹⁸⁹.

Atualmente, existem três modalidades de dissolução da sociedade conjugal: o divórcio judicial litigioso; o divórcio judicial consensual e; o divórcio extrajudicial consensual. Na primeira hipótese, ante a ausência de acordo entre os cônjuges sobre a própria separação ou alguma questão essencial – a exemplo de partilha de bens ou guarda dos filhos – as partes recorrem ao judiciário para dirimir eventuais controvérsias. Por seu turno, o divórcio judicial consensual é obrigatório para os casais que possuem filhos menores de idade ou incapazes, sendo necessária a homologação judicial. Por fim, em 2007, com o advento da Lei nº 11.441¹⁹⁰,

¹⁸⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

¹⁸⁹ Ante a Emenda Constitucional nº 66/2010, parcela da doutrina defende que não existe mais, no ordenamento jurídico brasileiro, a separação judicial. Nesse sentido, Paulo Lobo entende que houve a superação da separação judicial, sendo que “não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a CF/1988, de acordo com a nova redação do §6º do art. 226 da CF/88”. In: LOBO, op. cit., 2021. p. 149. Por outro lado, há quem defenda a manutenção da separação judicial, sendo certo que esta não é mais requisito prévio para a realização do divórcio. Nesse sentido, Larissa Leal, Roberto Paulino e Venceslau Tavares Filho explicam que “a opção pela separação judicial se justifica pela laicidade do Estado. Em determinados credos religiosos, o divórcio é considerado como um comportamento pecaminoso ou digno de reprovação. Impor o divórcio, portanto, seria violar a liberdade de crença, o que não condiz com o regime jurídico decorrente da Constituição de 1988. Logo, o princípio da laicidade encontra-se em harmonia com a preservação da faculdade da separação judicial no ordenamento jurídico nacional”. In: LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A facilitação da separação e do divórcio durante e após a pandemia COVID-19 constitui um fator de insegurança jurídica? In: LEAL, Larissa Maria de Moraes; DUARTE, Lorena Guedes (coords.). **Impactos da pandemia COVID-19 no direito de família e sucessões**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2020. p. 195-205. Imperioso destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei nº 13.105/2015).” In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.431.370/SP**. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas. Terceira Turma. Julgado em 15 de agosto de 2017, publicado em 22 de agosto de 2017.

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em 20 de out. de 2021.

possibilitou-se a realização de divórcio extrajudicial¹⁹¹, mediante escritura pública lavrada em cartório por notário, desde que os cônjuges estejam assistidos por advogado ou defensor público e que não existam filhos menores ou incapazes¹⁹².

Em 29 de abril de 2019, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco elaborou o Provimento nº 06/2019¹⁹³, regulamentando o chamado “divórcio impositivo”. Este seria um divórcio unilateral, no qual uma das partes poderia requerer perante o Registro Civil a averbação de seu divórcio, tomando-se o pedido como simples exercício de um direito potestativo do requerente, desde que não existissem filhos menores, incapazes ou nascituro.

O Provimento recebeu inúmeras críticas, dentre as quais destaca-se o posicionamento de Venceslau Tavares Filho e Roberto Paulino, a saber:

o divórcio dito impositivo pode se tornar um instrumento de desrespeito ao devido processo legal, mascarando litígios sob a estrutura de um procedimento extrajudicial e tolhendo indevidamente pretensões legítimas do outro cônjuge. As relações de família podem ser profundamente marcadas pela desigualdade, especialmente a desigualdade socioeconômica e a desigualdade de gênero. Emprestar tamanho alcance à autonomia privada no sentido de permitir o divórcio impositivo termina por aprofundar tal desigualdade, porquanto retire do outro cônjuge a possibilidade de dispor sobre questões relevantes, tais como os alimentos e a partilha dos bens em escritura pública que, em razão da consensualidade exigida para o divórcio extrajudicial, confere igual valor a sua manifestação de vontade¹⁹⁴.

Por sua vez, houve quem defendesse a manutenção e aperfeiçoamento desta nova modalidade de divórcio. Para Rodrigo Toscano Brito¹⁹⁵, a iniciativa deve ser apoiada e

¹⁹¹ Larissa Leal, Roberto Paulino e Venceslau Tavares Filho criticam a facilitação do divórcio por meio extrajudicial. Entre os argumentos lançados pelos autores, eles entendem que há uma violação da similaridade das formas de constituição e dissolução dos atos jurídicos: “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. Se, por um lado, não é adequado tratar o casamento como um contrato, em seu sentido ordinário, por outro, tão pouco seria cabível atentar contra essa regra básica que nos indica o caminho mais seguro para o desfazimento ou a promoção de extinção dos atos jurídicos”. Ademais, destacam os autores que, com a finalidade de minorar o abarrotamento do Judiciário, promoveu-se uma solução que engloba alguns prejuízos, como a segurança jurídica dos procedimentos da separação e do divórcio, bem como a perda da oportunidade de realização de tentativa de conciliação prévia. *In*: LEAL; ALBUQUERQUE JÚNIOR; COSTA FILHO, op. cit., 2020. p. 195-205.

¹⁹² LOBO, Paulo. op. cit., 2021. p. 152-153.

¹⁹³ BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. **Provimento nº 06/2019**. Regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro de casamentos, do que se denomina de “divórcio impositivo” e que se caracteriza por ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges, em pleno exercício do seu direito potestativo, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. Pernambuco, 2019. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁹⁴ COSTA FILHO, Venceslau Tavares e ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis. **Revista Consultor Jurídico**, 30 mai.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao>. Acesso em: 16 jul. 2019.

¹⁹⁵ BRITO, Rodrigo Toscano de. Divórcio Impositivo. **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, 27 mai. 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo>. Acesso em: 16 jul. 2020.

reforçada, não havendo mais espaço, no direito de família moderno, para os litígios em que os casais afirmam que “não vai se dar o divórcio”.

Diante das inúmeras críticas que recebeu o referido provimento, o CNJ, em 30 de maio de 2019, publicou a Recomendação nº 36¹⁹⁶, com o intuito de que os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal se abstenham de criar atos regulamentando a averbação de divórcio unilateral.

Ressalta-se que esta situação ainda não se encontra definitivamente resolvida, na medida em que se encontra em tramitação o Projeto de Lei nº 3.457¹⁹⁷, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco, com o objetivo de acrescentar o art. 733-A ao Código de Processo Civil, prevendo a possibilidade do “divórcio impositivo ou unilateral”¹⁹⁸.

Desta feita, observa-se que o casamento pode ser dissolvido pela viuvez ou pelo divórcio, sendo certo que atualmente¹⁹⁹ este pode ser realizado de forma judicial ou extrajudicial, prescindindo de qualquer lapso temporal para que haja a sua dissolução.

Por seu turno, em consonância com a sua forma de constituição – que independe de qualquer ato formal para que se configure – para a dissolução da união estável também não é necessário nenhum documento ou rito formal: basta que haja a separação de fato do casal para que ocorra o fim daquela entidade familiar.

Todavia, muitas vezes as partes procuram o judiciário buscando declarar, a um só tempo, o reconhecimento e dissolução da união estável em um mesmo ato, com a finalidade de resolver questões envolvendo partilha, alimentos e guarda dos filhos menores.

¹⁹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 36, de 30 de maio de 2019**. Dispõe sobre a vedação aos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal de regulamentarem a averbação de divórcio por declaração unilateral emanada de um dos cônjuges. Brasília, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2923>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁹⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3.457 de 2019**. Acrescenta o art. 733-A à Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>. Acesso em 20 de out. de 2021.

¹⁹⁸ Entre seus argumentos para o referido projeto, trazem trecho de José Fernando Simão e Mário Luiz Delgado, afirmando que “Se não se exige prévia intervenção judicial para o casamento, por que razão haver-se-ia de exigir tal intervenção para dissolução do vínculo conjugal. Tanto a constituição do vínculo como o seu desfazimento são atos de autonomia privada e como tal devem ser respeitados, reservando-se a tutela estatal apenas para hipóteses excepcionais. Entretanto, para que os cônjuges possam lavrar a escritura de divórcio, precisam entrar ‘em acordo’.

¹⁹⁹ Em razão da pandemia da COVID-19, isolamento social e suspensão das atividades jurisdicionais, Larissa Leal, Roberto Paulino e Venceslau Tavares Filho defendem que o sistema jurídico brasileiro possui instrumentos adequados para manter o acesso à justiça dos cônjuges e companheiros que pretendam dissolver formalmente seus laços familiares, a partir da transposição para os meios eletrônicos das práticas dos atos judiciais e administrativos, respeitando as exigências dos procedimentos, sem déficit de segurança jurídica. Para tanto, destacam o provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a prática dos atos extrajudiciais eletrônicos, o que, para os autores “viabiliza a lavratura de instrumentos públicos de separação, divórcio e dissolução de união estável sem exigir o comparecimento presencial às serventias notariais”. In: LEAL; ALBUQUERQUE JÚNIOR; COSTA FILHO, op. cit., 2020. p. 195-205.

Maria Berenice Dias²⁰⁰ critica o uso do termo “dissolução da união estável”. Para a autora, enquanto o divórcio dissolve o casamento, tendo a sentença eficácia desconstitutiva, o fim da união estável é uma situação fática, tendo a sentença mero cunho declaratório, em que será reconhecida a existência do relacionamento, fixando-se termo inicial e o termo final.

Interessante observar que, em se tratando de uma ação declaratória e não constitutiva, não é necessário que ambas as partes estejam presentes em juízo para que se declare a existência e, conseqüentemente, a dissolução daquele relacionamento, bastando a presença de uma das partes.

Diante disso, é que muitas ações judiciais que envolvem a declaração e dissolução de união estável são *post mortem*, quando uma das partes faleceu e, com a finalidade de obter reconhecimento daquela entidade familiar e conseqüentemente os direitos sucessórios e previdenciários, a parte sobrevivente aciona o judiciário²⁰¹.

Embora a Lei nº 11.441/2007 tenha permitido a realização de dissolução do casamento pela via administrativa, a referida lei restou silente no tocante à eventual realização pelo cartório de dissolução de união estável, o que gerou dúvidas sobre a possibilidade – ou não – da realização de uma declaração de dissolução de união estável extrajudicial.

Não obstante, em 2015, esta celeuma restou superada, ante a previsão contida no artigo 733 do Código de Processo Civil²⁰², a saber: “o divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual da união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o artigo 731”.

Observa-se, portanto, que enquanto a dissolução do casamento necessita de um ato desconstutivo, a saber, o divórcio, que pode ser judicial – litigioso ou amigável – ou extrajudicial – desde que cumpridos os requisitos legais; a união estável extingue-se pela separação de fato do casal, tendo eventual sentença ou ato cartorário mero cunho declaratório. Importa destacar, ainda, que a morte de uma das partes também é uma causa extintiva, em ambos os casos.

²⁰⁰ DIAS, op. cit., 2020. p. 609.

²⁰¹ A título de exemplo, em consulta ao sistema de pesquisa jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, realizada em 17.12.2021, ao utilizar os termos “união estável” e “*post mortem*” retornaram 43 resultados positivos para a pesquisa. Importa destacar que não foi realizada pesquisa em outros tribunais ante a opção, por esta pesquisa, de apenas trabalhar com julgados de tribunais superiores, que possuem abrangência nacional.

²⁰² BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 18 de out. 2021.

3.4 A DIFERENCIAÇÃO NO REGIME SUCESSÓRIO E AS JUSTIFICATIVAS CONSTANTES NO PROJETO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O direito sucessório dos cônjuges também foi um ponto em que houve significativas mudanças ao longo dos anos, culminando com os dispositivos constantes no Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916, malgrado reconhecesse direito ao cônjuge de participar da herança do *de cuius*, sendo posto em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária²⁰³, atrás apenas dos descendentes e ascendentes, não o reconhecia como herdeiro necessário. Apenas com o advento do Código Civil de 2002, o cônjuge supérstite fora alçado à condição de herdeiro necessário, conforme o artigo 1.845.

No que concerne aos direitos sucessórios dos cônjuges decorrentes do CC/2002, é possível observar que, de acordo com o artigo 1.829, que trata da vocação hereditária, a legítima, em havendo ascendentes ou descendentes, será dividida entre eles e o cônjuge supérstite, desde que este não seja casado com o falecido no regime de comunhão universal ou da separação obrigatória de bens, ou, ainda, se no regime de comunhão parcial, não haja bens particulares. Em não havendo ascendentes ou descendentes, caberá ao cônjuge a totalidade da herança do *de cuius*, nos termos do artigo 1.838.

Por sua vez, o artigo 1.832 dispõe que, em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge supérstite quinhão igual ao dos que sucedera por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer. Já o artigo 1.837 estabelece que, quando concorrendo com os ascendentes de primeiro grau, caberá ao cônjuge um terço da herança ou, na hipótese de haver apenas um ascendente ou se maior for o grau, caber-lhe-á a metade da herança.

Importa destacar que o artigo 1.830 impõe uma ressalva ao direito sucessório do cônjuge: não é possível ser herdeiro caso, ao tempo da morte do outro, estavam separados judicialmente ou separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste último caso, de que essa convivência se tornou impossível sem culpa do sobrevivente.

²⁰³ Clóvis Beviláqua destacou que o Projeto do Código Civil já trazia uma grande inovação no que concerne aos direitos sucessórios dos cônjuges: “O cônjuge supérstite foi deslocado da cauda da série hereditária, para se lhe dar uma situação mais adequada à sua posição na família”. In: BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de Código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. p. 151. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224223>. Acesso em: 12 nov. 2021.

Por fim, o artigo 1.831 trouxe uma importante alteração para os direitos sucessórios dos cônjuges: reconheceu, ao cônjuge sobrevivente, o direito real de habitação, independentemente do regime de bens²⁰⁴.

Por outro lado, o regime sucessório do companheiro fora estabelecido de forma distinta pelo legislador, sendo esta diferenciação duramente criticada pela doutrina e jurisprudência brasileira, o que culminou na declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2017.

Para melhor compreensão da opção do legislador pela distinção do regime sucessório entre os cônjuges e companheiros, faz-se necessário observar as disposições anteriores que trataram sobre o tema.

Conforme visto no primeiro capítulo, já em 1963, em seu Projeto de Código Civil, Orlando Gomes buscou acrescentar o artigo 784, conferindo direitos sucessórios à companheira, nos seguintes termos:

Art. 784. Sucessão da Companheira – A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo que em sua companhia tenha estado nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão, nas condições seguintes:
 I – Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei é atribuída ao filho;
 II – Se concorrer com descendentes do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles;
 III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;
 IV – Não havendo parentes sucessíveis, terá direito a dois terços da herança.

Todavia, embora reconhecesse direitos sucessórios aos companheiros, Orlando Gomes estabeleceu regramento distinto para os cônjuges, e já naquela época estipulou a condição de herdeiro necessário²⁰⁵ apenas ao cônjuge, o qual teria concorrência com os descendentes ou ascendentes no tocante à legítima²⁰⁶. Observa-se, ainda, uma outra significativa distinção: enquanto no casamento, em não havendo parentes sucessíveis, o cônjuge receberia a totalidade da herança²⁰⁷; no caso dos companheiros, esses apenas receberiam dois terços da herança.

²⁰⁴ O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) alterou o artigo 1.611 do Código Civil de 1916, a fim de inserir o §2º no qual concedia o direito real de habitação para a cônjuge sobrevivente, desde que casada sob o regime de comunhão total de bens. *Vide*: BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

²⁰⁵ Art. 785 do Projeto de Código Civil de Orlando Gomes: São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

²⁰⁶ Art. 787 do Projeto de Código Civil de Orlando Gomes: Se o falecido não for casado pelo regime de comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente será chamado a recolher um quarto da herança: I – Se só houver deixado filhos de que o outro não seja também ascendente; II – Se forem chamados à sucessão os ascendentes.

²⁰⁷ Art. 778 do Projeto de Código Civil de Orlando Gomes: Em falta de parentes em linha reta, será deferida a sucessão ao cônjuge, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados.

Por certo, há de se ter mente que o referido projeto é anterior à Constituição de 1988, a qual reconheceu a união estável como entidade familiar. Assim, apesar de ter sido revolucionário ao já conferir, naquela época, direitos sucessórios aos companheiros, o Projeto de Orlando Gomes ainda possuía significativas diferenciações quando comparado ao direito sucessório dos cônjuges.

Consoante visto anteriormente, após a Constituição de 1988, foram editadas duas leis com o objetivo de regular os direitos dos companheiros: a Lei nº 8.971/1994 e a Lei nº 9.278/1996.

O artigo 2º da Lei nº 8.971/1994 dispunha que os companheiros²⁰⁸ poderiam participar da sucessão nas seguintes condições: enquanto não constituir nova união, terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos comum ou, a metade dos bens se não houver filhos, mas existam ascendentes. Como também, na falta de ascendentes ou descendentes, teria direito à totalidade da herança.

Por sua vez, o artigo 3º previa que, quando os bens deixados pelo autor da herança resultassem de atividade em que houvesse a colaboração do companheiro, teria o sobrevivente direito à metade dos bens.

Já o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996 estabelecia que, dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto não viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Assim, até a edição do Código Civil de 2002, estes eram os direitos sucessórios conferidos pela legislação aos companheiros. Sobre o assunto, sintetiza Regina Beatriz Tavares da Silva²⁰⁹:

Em qualquer hipótese, não havendo descendentes nem ascendentes, o companheiro ou companheira recolheria a totalidade dos bens, na qualidade de herdeiro universal, incluindo-se como terceiro na ordem de vocação hereditária, nas mesmas condições do cônjuge supérstite, tendo preferência em relação aos parentes colaterais.

Conforme visto ao longo do primeiro capítulo, o processo de promulgação do Código Civil de 2002 foi a passos lentos, tendo-se iniciado em 1972 e, com o advento da Constituição de 1988, o projeto necessitou passar por significativas alterações com o objetivo de compatibilizar seus dispositivos com a nova Carta Constitucional.

²⁰⁸ Importa observar que, naquela legislação, de acordo com o artigo 1º era necessário a convivência por mais de cinco anos ou a existência de prole para ser considerado companheiro.

²⁰⁹ TAVARES DA SILVA, op. cit., 2010. p. 52.

Com efeito, a primeira proposta de emenda para inserção de artigo relativo aos direitos sucessórios dos companheiros no bojo do Projeto de Código Civil foi elaborada pelo Senador Nelson Carneiro, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, que se limitou a reproduzir, com pequenas alterações, o texto elaborado no Projeto de Código Civil de Orlando Gomes, *in verbis*:

Inclua-se como parágrafo único do art. 1.852 ou onde convir:

“A companheira do homem solteira (*sic*), separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que em sua companhia tem estado nos cinco anos precedentes à sua morte ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão nas condições seguintes:

I – Se concorrer com filhos comuns terá direito a uma cota equivalente a que por lei é atribuída ao filho.

II – Se concorrer com descendentes do autor da herança dos quais não seja ascendentes tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles.

III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito à metade da herança.

IV – Não havendo parentes sucessíveis terá direito a dois terços da herança.”

Ao elaborar Parecer Final da referida emenda, o Senador Josaphat Marinho destacou que seria necessária uma nova atualização com o objetivo de “ver a emenda à luz da inovação constitucional”²¹⁰. Assim, considerando as lições de Orlando Gomes, sustentou que o tema deveria ser tratado em dispositivo autônomo e situar-se no título relativo à sucessão em geral.

Adaptando a proposta inicial do Senador Nelson Carneiro, Josephat Marinho indicou que seria necessária uma modificação no inciso III, para que fosse reduzida a participação do companheiro ou companheira na herança, com o intuito de que estes não ficassem em posição superior à do cônjuge, em hipótese semelhante.

Por outro lado, no tocante ao inciso IV, nas hipóteses em que não existem parentes sucessíveis, reconheceu a impossibilidade de limitar a participação do companheiro ou da companheira ao quinhão de dois terços, devendo ser-lhes conferido a totalidade da herança, de acordo com a tendência do direito atual.

Outrossim, destacou o Senador que “com a segurança do direito da companheira ou companheiro à sucessão, se tem o cuidado de estabelecer que tal se dará na vigência da união estável para assegurar tratamento equivalente ao art. 1.853, em relação aos cônjuges”.

Ao elaborar o Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil, o Relator Geral, Deputado Ricardo Fiúza, ressaltou, no tocante ao dispositivo em comento, que não se poderia admitir que o convivente tivesse tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, tendo em vista não ter sido este “o espírito do constituinte de 1988”²¹¹.

Para além disso, destacou o Relator-Geral, em seu relatório final que:

²¹⁰ PASSOS, Edilenice. op. cit., 2012. p.238.

²¹¹ Idem, 2012, p. 525.

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

Nas justificativas constantes para distinção do regime sucessório dos cônjuges e companheiros, é possível observar que houve uma preocupação em não igualar os institutos, na medida em que estes não foram equiparados na Constituição, sendo certo de que o casamento possui uma maior quantidade de restrições e regulamentações quando comparado à união estável. Por outro lado, verifica-se que, interpretando o disposto na Constituição Federal, havia uma mentalidade de que a união estável seria apenas um caminho para o casamento.

Por sua vez, embora estivesse em vigor, durante os trâmites finais do Projeto de Código Civil, legislação que conferia direitos sucessórios aos companheiros, esta não fora citada em nenhum momento durante as justificativas das emendas do Senado Federal pelo Relator do Parecer Final e nem pelo Relator Geral.

Em 10 de janeiro de 2002, foi promulgado o Código Civil Brasileiro, o qual trouxe, em seu artigo 1.790 a seguinte redação final envolvendo os direitos sucessórios dos companheiros:

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

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

No tocante ao direito real de habitação, não há no Código nenhum dispositivo que estenda este direito aos companheiros. Entretanto, ante a omissão do legislador, há quem defenda que não fora revogado o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996²¹².

²¹² Nesse sentido, defende Rolf Madaleno: “Embora o Código Civil não tenha estendido o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família ao sobrevivente da união estável, o artigo 2.045 do Código Civil não revogou expressamente a Lei n. 9.278/1996, cujo parágrafo único do artigo 7º confere à união estável o direito real de habitação. E de acordo com o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei n. 12.376/2010), a lei posterior só revoga a anterior quando expressamente o declare; quando com ela seja incompatível; ou quando regule inteiramente a matéria. Portanto, tecnicamente segue em plena vigência a Lei n.

Instado a se manifestar, o STJ consolidou entendimento de que a omissão do Código Civil não implicou em revogação do artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996. No julgamento do Recurso Especial nº 1.156.744/MG²¹³, julgado em 09.10.2012, o Ministro Relator Marco Buzzi ressaltou que tal percepção seria proibida pelo princípio da vedação ao retrocesso.

Por fim, há de se destacar que o CC/2002 trouxe algumas disposições comuns para os cônjuges e companheiros no que concerne aos direitos sucessórios. Com efeito, o artigo 1.797, I do CC/2002 estabelece que até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente, ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão.

3.5 OUTRAS DISTINÇÕES ENTRE A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO

Ao tratar das diferenças da união estável e do casamento, muitas vezes limita-se as três principais vistas anteriormente: modo de constituição, dissolução e regime sucessório.

Não obstante, é possível ainda fazer menção a algumas diferenças consideráveis entre as entidades familiares conjugais previstas no CC/2002, que, é bem verdade, muitas vezes derivam da sua origem e natureza jurídica.

Nesse sentido, há de se falar sobre a alteração do estado civil. Como é sabido, o estado civil é a situação em que a pessoa se encontra em relação à sociedade conjugal e, conseqüentemente, ao regime de bens do casal. Atualmente, no direito brasileiro, a pessoa é identificada civilmente como: solteira, casada, viúvo ou divorciada.

Rodrigo da Cunha Pereira resalta a importância do estado civil para situação patrimonial das partes e, conseqüentemente, para fins de segurança jurídica. Isto porque, nas palavras do autor, “para os negócios jurídicos interessa o estado civil dos contratantes, pois é necessário saber se o cônjuge/companheiro está ou não, em razão do regime de bens, envolvido naquela relação jurídica”²¹⁴.

9.278/1996, naquilo que não for incompatível com o Código Civil, como sucede em relação ao direito real de habitação”. In: MADALENO, op. cit., 2020. p. 1981.

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.156.744/MG**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em 9 de outubro de 2012, publicado em 18 de outubro de 2012.

²¹⁴ PEREIRA, op.cit., 2020.

No casamento, por ser um ato formal, altera-se o estado civil de solteiro para casado, sendo recolhido o registro de nascimento civil dos cônjuges para que estes utilizem, a partir de então, a certidão de casamento.

A união estável, por sua vez, em sendo uma união livre decorrente da realidade fática que não precisa de qualquer ato formal para que se realize, não altera, *a priori*²¹⁵, o estado civil dos companheiros, que permanecem sendo identificadas civilmente como solteiros.

Todavia, apesar de não alterar o registro civil das partes, o CPC/15 exigiu que, ao protocolar a petição inicial, deve o autor indicar seu estado civil ou sinalizar se é convivente em união estável, sendo certo de que esta indicação não se trata de uma alteração do estado civil dos companheiros, mas apenas uma manifestação de boa-fé dos litigantes durante a tramitação processual²¹⁶.

Outra distinção consiste na obrigatoriedade da outorga uxória para o casamento. Nas palavras de Luciana Berlini²¹⁷:

a outorga uxória (esposa) e marital (marido) consiste na autorização exigida, em razão do casamento, para os atos de disposição direta ou indireta dos bens do casal, tendo como consequência para o seu descumprimento a possibilidade de anulação do negócio jurídico.

Assim, nos termos do artigo 1.647 do Código Civil, exceto no regime de separação absoluta de bens, não pode um cônjuge, sem autorização do outro: alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; prestar fiança ou aval; fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Por seu turno, optou o legislador por não transpor esse efeito do casamento para a união estável. Parcela da doutrina critica veementemente a ausência de equiparação desse efeito para a união estável, na medida em que os companheiros também se submetem aos regimes de bens previstos para o casamento²¹⁸.

²¹⁵ O entendimento jurisprudencial acerca da alteração de estado civil decorrente da constituição de união estável será objeto de análise em momento oportuno, ao longo do terceiro capítulo desta dissertação.

²¹⁶ Art. 319 do CPC/15. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu.

²¹⁷ BERLINI, Luciana Fernandes. Outorga Conjugal em Contratos Estabelecidos por Companheiros. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coords.). **Contratos, Família e Sucessões: Diálogos Interdisciplinares**. 2 ed. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 221-235.

²¹⁸ Defendem a necessidade de outorga uxória na união estável: DIAS, op. cit., 2020; LOBO, op. cit., 2021; PEREIRA, op. cit., 2020.

Além disso, uma outra diferença entre os institutos envolve a emancipação de menores. Com efeito, estabelece o art. 5º do Código Civil que a menoridade civil cessa aos dezoito anos completos, sendo que o parágrafo único do mesmo artigo traz as hipóteses em que cessará, para os menores, a incapacidade, ainda que não tenham completado dezoito anos.

Dentro dessas hipóteses encontra-se o casamento, sendo que a legislação civil não estendeu este efeito para a união estável, restando, portanto, distintas nesse ponto.

Observa-se, portanto, que o Código Civil tratou de diferenciar os institutos do casamento e da união estável²¹⁹, considerando as peculiaridades envolvendo suas naturezas jurídicas e formas de constituição, sendo certo de que possuem uma série efeitos distintos.

Por seu turno, não se pode deixar de ter em mente, conforme visto no capítulo 1.4.4 supra, o processo rápido de inserção dos dispositivos envolvendo a união estável no Projeto de Código Civil de Miguel Reale com a finalidade de compatibilizá-lo com a Constituição de 1988. As disposições envolvendo a união estável não são perfeitas – inclusive há críticas quanto à sua localização do tema no livro dedicado ao direito de família²²⁰ – e demonstram que o instituto, ainda recente, haja vista ter sido alçado à condição de entidade familiar apenas em 1988 pela Constituição Federal, necessitava de algumas maturações com a finalidade de ser positivado no Código Civil.

Assim, apesar de as disposições envolvendo a união estável, foram inseridas no Código Civil de 2002 às pressas, observa-se que o legislador tentou manter a individualidade de cada instituto e a liberdade das partes em optar pelo regime jurídico conjugal que melhor atendesse às suas necessidades de cada casal.

²¹⁹ Há, ainda, alguns outros efeitos distintos entre o casamento e a união estável previstos pelo Código Civil de 2002 na sua origem. Não obstante, para melhor didática e compreensão, estes serão tratados no próximo capítulo, dedicado a tratar das equiparações dos efeitos entre o casamento e a união estável realizada pelos tribunais superiores no passar dos anos.

²²⁰ Enquanto as disposições envolvendo o casamento encontram-se dispostas no início do livro dedicado ao direito de família, o título I “do direito pessoal”, a união estável encontra-se localizada apenas no livro III, após as disposições envolvendo os direitos patrimoniais, em um título próprio denominado “da união estável”, sendo que as disposições envolvendo o título II do livro de direito de família são aplicáveis tanto ao casamento como a união estável, razão pela qual, a nosso ver, ela estaria melhor localizada depois dos artigos acerca do casamento.

4 MITIGAÇÃO DA LIBERDADE: A CONSTANTE EQUIPARAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO APÓS O CÓDIGO CIVIL DE 2002 PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como é sabido, a sociedade está em constante transformação e cabe ao direito adaptar-se aos novos dilemas que vão surgindo a partir do mundo dos fatos. Apesar de ter sido promulgado em 2002 e entrado em vigência em 2003, critica-se que o Código Civil Brasileiro já nasceu defasado. Em verdade, conforme visto, ele é fruto de um projeto que se iniciou no início dos anos 1970, sendo uma colcha de retalhos que fora sendo adaptada ao decorrer dos anos para englobar o máximo de novas situações que porventura foram surgindo.

Nesse sentido, observamos que, em razão do advento da Constituição Federal de 1988 e da positivação do instituto da união estável, foi necessário haver significativas alterações no projeto, com o propósito de abarcar essa nova entidade familiar, a qual, em sua essência, é uma realidade fática com efeitos jurídicos.

Após a promulgação do Código Civil de 2002, coube à doutrina, de forma indireta, e ao judiciário, diretamente, interpretar e aplicar as novas disposições legais.

Assim, o presente capítulo se propõe a analisar a jurisprudência brasileira no tocante ao instituto da união estável após a edição do Código Civil de 2002, com o intuito de observar se está havendo – ou não – uma equiparação dos efeitos do casamento e da união estável. Além disso, importa destacar que o presente estudo não se ateve apenas à equiparação dos dispositivos do Código Civil, analisando também eventuais legislações extravagantes que possuem efeitos relevantes sobre o tema.

Para fins de delimitação do campo de pesquisa, o presente trabalho se ateve apenas às decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Isto se deu pelos seguintes motivos, a saber: em se tratando de tribunais superiores com abrangência nacional, seus precedentes devem ser observados e, em se tratando de julgados realizados sob o rito repetitivo, devem ser reproduzidos pelos demais tribunais brasileiros, nos termos do artigo 927, III do CPC/2015.

Para além disso, como os processos envolvendo união estável e casamento, em sua maioria, estão protegidos por segredo de justiça, a pesquisa em tribunais locais poderia trazer resultados que não condizem com a efetiva realidade do tribunal, sendo este risco menor quando se trata dos tribunais superiores. Isto porque, naquele momento processual, não se discutem mais matérias fáticas, sendo o debate precipuamente de direito, tanto possível violação à legislação infraconstitucional, no caso de Recursos Especiais julgados pelo Superior Tribunal

de Justiça, como violação a norma constitucional, no caso dos Recursos Extraordinários em análise do Supremo Tribunal Federal.

Selecionado os Tribunais a serem estudados, a presente pesquisa não se propõe a analisar todos os julgados existentes que envolvam o tema união estável e casamento no âmbito do STJ e STF. Com efeito, não se trata de uma pesquisa quantitativa, mas de uma análise qualitativa dos julgados paradigmáticos envolvendo equiparações dos efeitos da união estável e do casamento. Para tanto, ao realizar a pesquisa²²¹, optou-se por selecionar os primeiros acórdãos que enfrentaram o tema, os quais criaram as bases para o entendimento dos tribunais superiores e que são reproduzidos como posição consolidada dos tribunais a respeito do tema.

Ademais, para melhor compreender como o entendimento dos tribunais superiores foi se desenvolvendo ao longo dos anos no tocante ao tema objeto do estudo, os acórdãos paradigmas escolhidos serão analisados, precipuamente, em ordem cronológica de julgamento.

Por fim, durante toda a análise, buscar-se-á verificar quais os fundamentos utilizados para a equiparação da união estável e do casamento, observando se houve – ou não – a preocupação com o princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal durante os julgamentos.

4.1 SEPARAÇÃO LEGAL DOS BENS DO COMPANHEIRO MAIOR DE 70 ANOS

Uma das primeiras equiparações realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça diz respeito à aplicação extensiva do disposto no artigo 1.641, inciso II do CC/2002, que dispunha, em sua redação original, ser obrigatória a adoção do regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 60 anos. Em 2010, a Lei nº 12.344²²² alterou o dispositivo com o intuito de majorar para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatória a adoção do regime da separação de bens.

O art. 1.641, II do CC/2002 trata de uma limitação antiga imposta ao casamento dos mais idosos, tendo correspondência no Código Civil de 1916 no artigo 258, parágrafo único,

²²¹ Os julgados estudados foram extraídos do repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sendo o último acesso realizado em janeiro de 2022.

²²² BRASIL. **Lei nº 12.344, de 09 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112344.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

inciso II. Parcela da doutrina já tecia consideráveis críticas ao dispositivo²²³, sustentando, inclusive, a sua inconstitucionalidade²²⁴. Importante destacar que se encontram em tramitação os Projetos de Lei nº 189/2015²²⁵ e 4.428/2021²²⁶ que visam a revogação do inciso segundo do artigo 1.641 do CC/2002.

Em 2004, foi distribuído o Recurso Especial nº 646.259/RS²²⁷, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o qual apenas foi julgado no ano de 2010. No caso, tratava-se de uma união estável constituída em 1993, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, tendo sido extinta em 2001, com advento da morte do companheiro.

Em primeiro grau, aplicou-se o regime da separação obrigatória de bens, nos termos do artigo 258, parágrafo único, inciso II do CC/1916. Por seu turno, no segundo grau, houve a reforma da decisão para afastar a aplicação do dispositivo, devendo ser observado o regime condominial previsto na legislação.

O Ministro Relator, ao julgar o Recurso Especial, fixou como cerne da questão recursal saber “se para a união estável, à semelhança do que ocorre com o casamento, é obrigatório o regime da separação de bens para companheiro cuja idade é igual ou superior a sessenta anos, na forma da imposição legal prevista no art. 258, § único, inciso II do Código Civil de 1916”.

Para o Relator, o legislador acabou por estabelecer mais direitos para os conviventes do que para os cônjuges. Interessante observar que, ao longo da construção do seu voto, o Ministro Relator se refere à união estável, em mais de um momento, como um instituto menor ou aquém ao do casamento. Em face desse pensamento, o Ministro conclui, então, pela extensão do artigo 258, parágrafo único, inciso II do CC/1916 para a união estável, “sob pena de inversão da hierarquia constitucionalmente imposta”.

Ao final, a Quarta Turma, por maioria, acompanhou o voto do Ministro-Relator.

²²³ Para Rodrigo da Cunha Pereira “é inadequada a imposição de limite de idade para escolha do regime de bens do casamento para os maiores de 70 anos. O fato de completar esta idade, por si só, não pode significar incapacidade de escolhas e prática de nenhum ato da vida civil, muito menos o estabelecimento de regras patrimoniais da relação conjugal.” *In*: PEREIRA, op. cit., p. 176.

²²⁴ Nesse sentido, defende Paulo Lobo: “Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a CF/1988 não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus por ser incompatível com os arts. 1º, III, 5º, I e X e 226 da CF/1988”. *In*: LOBO, op. cit., 2021, p. 345.

²²⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 189/2015**. Revogar o inciso II, do art. 1.641, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/945886>. Acesso em: 18 nov. 2021.

²²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4428/2021**. Suprime o inciso II do art. 1641, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002- Código civil Brasileiro. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2312394>. Acesso em: 18 nov. 2021.

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 646.259/RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 22 de junho de 2010, publicado em 24 de agosto de 2010.

No mesmo ano, foi julgado o Recurso Especial nº 1.090.722/SP²²⁸, pela Terceira Turma do STJ, a qual adotou o mesmo posicionamento esposado no julgado acima. Em seu voto, o Ministro Relator Massami Uyeda, delimitou a controvérsia, entre outras, para saber se à luz do Código Civil é possível estender a aplicação do regime da separação obrigatória de bens, constante no artigo 1.641, II do Código Civil para a união estável.

Entre os seus fundamentos, arguiu o Ministro Relator:

Em última análise, a não-extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de *cujus* à união estável equivalera ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual, como visto, propõe-se a convolação da união estável em casamento, e não o contrário.

Nesse diapasão, poder-se-ia cogitar a hipótese do indivíduo que, contando com mais de sessenta anos e tendo por propósito, ou sendo levado a tal, a adotar a comunhão parcial de bens como regime de bens regente de seu relacionamento, certamente deixaria de se casar para se manter em união estável, situação, é certo, não almejada pelas leis postas.

Considerando o seu entendimento de que o regime da separação legal de bens é aplicável para os conviventes em união estável, o STJ entende que a Súmula nº 377 do STF²²⁹ também deve ser aplicada aos companheiros²³⁰.

A partir dos julgados analisados, observa-se que, neste primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça não manifestou preocupação com o princípio da igualdade ou da liberdade na escolha da entidade familiar. Denota-se que, a partir do artigo 226, §3º da CF/88, os ministros interpretavam que havia uma preferência do legislador pelo casamento em detrimento da união estável, razão pela qual não seria possível admitir que esta última tivesse maiores vantagens do que o casamento.

²²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.090.722/SP**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em 02 de março de 2010, publicado em 30 de agosto de 2010.

²²⁹ “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

²³⁰ Entretanto, importa destacar que, em 2021, no julgamento do Recurso Especial nº 1.922.347/PR, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o STJ entendeu que é possível que os cônjuges ou companheiros, casados sob o regime de separação obrigatória de bens, em razão da idade, estabeleçam pacto antenupcial convencionando pelo regime da separação total de bens e, por consequência, afastem a incidência da Súmula nº 377. Em trecho do voto, o Ministro Relator destacou que a Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco editou o Provimento nº 8/2016, estabelecendo no art. 664-A que: “No regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial. Parágrafo Único. O oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, no qual comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.922.347**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 07 de dezembro de 2021. Publicado em 01.02.2022.

Outrossim, verifica-se que não há considerações acerca do princípio da liberdade ou da autonomia da vontade das partes na escolha da entidade familiar conjugal, atendo-se apenas os julgados a se preocupar com a predileção entre as entidades familiares.

4.2 A ADOÇÃO DO SOBRENOME PELO COMPANHEIRO

Na redação original do Código Civil de 1916, a adoção do sobrenome do marido pela esposa não era uma faculdade, mas sim um efeito obrigatório decorrente do casamento. O artigo 240 afirmava que a mulher assumia, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos de família.

Apenas em 1977, com o advento da Lei nº 6.515/1977, que introduziu o parágrafo único no artigo 240 do CC/1916, houve uma mudança neste efeito decorrente do casamento, conferindo a possibilidade de as mulheres adotarem, ou não, o sobrenome do marido no ato do casamento.

Em 2002, o Código Civil estipulou, em seu artigo 1.565, §1º que qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu sobrenome o do outro.

Por seu turno, em relação à possibilidade de adoção do sobrenome pelo companheiro convivente em união estável, não há nenhum dispositivo específico no ordenamento jurídico sobre o tema.

Com efeito, apenas a Lei de Registros Públicos²³¹ traz em seu bojo uma possibilidade restrita de adoção de sobrenome pelo companheiro.

O artigo 57, §2º, incluído pela Lei nº 6.216/1975, dispõe que “A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas”.

Assim, apenas nos casos em que houvesse impedimento para o casamento é que a companheira poderia adotar o sobrenome do seu respectivo. Há de se ressaltar que o dispositivo

²³¹ BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

fora promulgado antes da Constituição de 1988 e, por consequência, antes da positivação da união estável como entidade familiar.

Em face desse cenário legislativo, o Superior Tribunal de Justiça, em 2012, foi instado a se manifestar acerca da possibilidade de a companheira convivente em união estável adotar o sobrenome do seu companheiro²³².

In casu, tratou-se, na origem, de ação ajuizada por uma companheira, maior de 60 anos, visando a alteração do seu registro civil de nascimento para incluir o patronímico do seu companheiro, em razão de conviverem em união estável há mais de 30 anos.

O juízo de primeiro grau julgou improcedente a demanda, sob o argumento de que o artigo 57, §2º da Lei de Registros Públicos só possibilita a adoção do sobrenome pela companheira em caso de impedimento para celebração do casamento, o que não seria a hipótese do casal.

O Tribunal de Goiás, por sua vez, negou provimento à apelação, sob o fundamento de que o fato de serem maiores de 60 anos e serem obrigados a realizar o casamento sob o regime de separação legal de bens não se trata de um impedimento, razão pela qual seria inaplicável o artigo 57, §2º ao caso.

A autora interpôs, então, Recurso Especial, sustentando violação ao artigo 57, §2º da Lei de Registros Públicos.

A Ministra Relatora, Nancy Andriahi, iniciou seu voto delimitando a controvérsia, a saber: a possibilidade de inclusão do patronímico do companheiro, mesmo ausente a comprovação de impedimento legal para o casamento.

Após, a Ministra apontou que a norma supostamente violada fora esculpida no início da década de 1970 e, diante da consolidação da união estável no cenário jurídico nacional, há a necessidade de o intérprete adaptar os textos legais recepcionados à nova ordem jurídica.

Nesse diapasão, destacou que o referido texto legal trata, em verdade, de adoção de patronímico em relações concubinárias, sendo inaplicável para os relacionamentos advindos de união estável.

Assim, a Relatora apontou que o caminho mais correto²³³ seria aplicar, por analogia, as disposições constantes no Código Civil relativas à adoção do sobrenome dentro do casamento, “porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos”.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.206.656/GO**. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Terceira Turma. Julgado em 16 de outubro de 2012, publicado em 11 de dezembro de 2012.

²³³ Malgrado o precedente seja de 2012, interessante observar que parcela da doutrina brasileira traz soluções diferentes para questão da adoção do sobrenome pelo companheiro. Com efeito, em 2020, Maria Berenice Dias defende que seja aplicado o art. 57 da Lei de Registros Públicos, o qual se encontra em vigor na medida em que

Não obstante, ressaltou que, em razão das peculiaridades envolvendo a união estável, é necessário que haja prova documental realizada por instrumento público atestando a entidade familiar, com anuência do companheiro de que terá o nome adotado.

Em 16 de outubro de 2012, a Terceira Turma, por maioria²³⁴, acompanhou o voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi e deu provimento ao Recurso Especial nº 1.206.656/GO, julgando procedente o pedido de inclusão do sobrenome do companheiro da recorrente.

Destaca-se que o Ministro Sidnei Beneti, em voto-vista acompanhando a Ministra Relatora, apontou que não há de se ter uma imposição oblíqua de se casarem os conviventes para averbação dos nomes, mas o reconhecimento do direito destes independentemente do casamento. Ressaltou ainda o Ministro que “esse direito resulta do tratamento jurídico atual do instituto da união estável, que se equipara ao casamento, já no âmbito da Constituição Federal de 1988, art. 226, §3º, seguindo-se a Lei 9.278/1996 e, por fim, o Código Civil de 2002, art. 1723.”

Neste ponto, importante observar que, diferentemente do fundamento utilizado no julgamento da obrigatoriedade da separação legal dos bens para os companheiros maiores de 70 anos, neste julgado, que ocorreu apenas dois anos depois, já houve uma interpretação diferente do §3º do artigo 226 da CF/88, no sentido de que este estabeleceu a equiparação do casamento e da união estável, inexistindo hierarquia entre eles.

Outrossim, destaca-se que não houve uma equiparação plena deste efeito para toda e qualquer união estável constituída. Com efeito, ela é cabível apenas para as uniões estáveis que sejam registradas por instrumento público e desde que haja a anuência do companheiro para tanto, sendo que esta última exigência não é necessária no casamento.

4.3 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Ainda no ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar sobre a possibilidade de aplicação do artigo 1.597 do Código Civil para a união estável.

não foi revogado expressamente. Não obstante, observa-se da opinião da autora que ela pretende, em verdade, reescrever o dispositivo, sendo, neste ponto, mais prática e louvável a solução aplicada pelo STJ para a celeuma, ao aplicar as disposições constantes no Código Civil. Em suas palavras: “porém, cabe afastar as restrições e diferenciações impostas: vida em comum por no mínimo cinco anos, filhos comuns e inexistência de impedimento para o casamento. Tampouco a exigência de a ex-mulher não usar o nome do ex-marido tem razão de ser. São restrições que, por afrontarem o princípio da igualdade, não mais subsistem. *In*: DIAS, op. cit., 2020. p. 588.

²³⁴ O Ministro Massami Uyeda abriu divergência e votou no sentido de negar provimento ao Recurso Especial. Todavia, o Ministro se ateve aos aspectos processuais, apontando que, a seu ver, não se tratava de violação de dispositivo da Lei de Registro Público, mas de conflito de artigos constitucionais.

O dispositivo em análise trata das hipóteses de presunção de paternidade na constância do casamento. Assim, presumem-se concebidos durante o casamento, os filhos: nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; 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; havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Com efeito, o legislador não cuidou de estender todas – ou pelo menos algumas – destas hipóteses de presunção de paternidade para os conviventes em união estável.

Em face dessa possível omissão legislativa, o STJ admitiu o Recurso Especial nº 1.194.059/SP²³⁵, de relatoria do Ministro Massami Uyeda. O caso, na origem, tratava-se de uma ação de homologação de acordo extrajudicial de reconhecimento de paternidade, com objetivo de ver atribuída a M. S. O., falecido, a paternidade da menor B. S. A. Os requerentes – a avó, mãe do falecido, e o irmão da menor – fundamentaram suas razões sustentando que o *de cujus* vivia em união estável, devidamente registrada em Cartório, tendo falecido 239 dias antes do nascimento da menor.

Tanto a sentença quanto o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo extinguiram o feito sem resolução de mérito, em razão de questões processuais envolvendo a legitimidade ativa e passiva para figurar na demanda.

Admitido o Recurso Especial, o Ministro Relator não se ateve aos aspectos processuais, mas enfrentou diretamente o mérito da questão.

Neste ponto, interessante observar que o recurso da autora, em nenhum momento, apontou violação ao artigo 1.597 do Código Civil. Ainda assim, o Ministro Relator, fazendo uso do brocardo romano *da mihi factum dado tibi jus* (dá-me o fato que te darei o direito), delimitou a controvérsia nos seguintes termos “o que se pretende, na presente demanda, é o reconhecimento dos efeitos jurídicos previstos no artigo 1.597, inciso II do Código Civil ao regime da união estável”.

Em seu voto, fundamentou que, malgrado a lei não exija tempo mínimo ou convivência no mesmo teto, não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.194.059/SP**. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em 6 de novembro de 2012, publicado em 14 de novembro de 2012.

familiar, a saber: convivência duradoura e pública, apoio e assistência mútua, dever de guarda, sustento e educação dos filhos comuns, bem como lealdade e respeito.

Entendeu a Terceira Turma, então, que, em havendo a entidade familiar da união estável – e levando em consideração as disposições constantes no artigo 226, §3º da Constituição Federal – seria razoável conferir interpretação sistemática ao artigo 1.597, II, do CC/2002, para que passe a contemplar, também, a concepção dos filhos na constância da união estável. Nesse sentido, o voto do Ministro Relator destacou que:

De mais a mais, pode-se concluir que a união estável muito se assemelha ao casamento, pois é a comunhão de vida, na qual dominam essencialmente relações de sentimento e de interesses da vida em conjunto que, inevitavelmente, se estendem ao campo econômico. E ela, na verdade, de fato e de direito, está equiparada ao casamento, reconhecida como entidade familiar.

Frente a essas considerações, ao final do voto, o Ministro Relator afirmou que todas as hipóteses previstas no artigo 1.597 do Código Civil são aplicáveis à união estável. Diferentemente do julgado analisado anteriormente, não condicionou a aplicação do artigo apenas às uniões estáveis declaradas por instrumento público.

Todavia, não cuidou o Relator de analisar especificamente a hipótese de cabimento de cada inciso para a união estável, sendo certo de que alguns problemas de ordem prática já podem ser previstos quando extensíveis à união estável, como, por exemplo, a presunção de filho concebido nos cento e oitenta dias subsequentes à convivência conjugal.

Isto porque, conforme visto, a união estável não possui um marco temporal inicial, sendo certo de que eventual ação de declaração de paternidade com fulcro no artigo 1.597, I do Código Civil deveria ser cumulada com uma ação de declaração de união estável com a finalidade de delimitar o início daquela entidade familiar.

Não olvidando as dificuldades que porventura ocorram para a decretação da paternidade nos casos envolvendo a união estável, em decorrência da sua natureza jurídica de ato-fato jurídico, para Paulo Lobo “as dificuldades de ordem prática não podem ser obstáculos à aquisição do direito”²³⁶.

Por fim, novamente verifica-se que o STJ não discutiu, nesse julgado, o princípio da liberdade na escolha da entidade familiar conjugal. Há de se ressaltar que, ao utilizar novamente o termo “equiparada” para tratar a união estável ao lado do casamento, o voto foi além: afirmou que a união estável estaria equiparada de fato e de direito ao casamento, sem, entretanto, fazer maiores considerações sobre o assunto. Além disso, tanto no acórdão que permitiu a adoção do

²³⁶ LOBO, Paulo. op. cit., 2021. p. 237.

sobrenome pelo companheiro, como neste caso, constata-se que foi o próprio STJ que sugeriu e aplicou, de ofício, os artigos relativos ao casamento para a união estável.

4.4 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CC/2002

A distinção sucessória entre o casamento e a união estável, prevista pelo Código Civil de 2002, foi alvo de constantes debates, principalmente quando observado que a legislação que vigorava anteriormente à promulgação do CC/2002 trazia um regime sucessório idêntico entre os companheiros e os cônjuges.

Diante desse cenário, o Supremo Tribunal Federal foi instado, então, a se manifestar sobre o tema. Já em 2011, fora admitido o Recurso Extraordinário nº 646.721/RS²³⁷, o qual reconheceu a repercussão geral da controvérsia acerca “do alcance do artigo 226 da Constituição Federal nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil”. Por sua vez, em 2015, fora admitido o Recurso Extraordinário nº 878.694/MG²³⁸, o qual reconheceu a repercussão geral do tema nos seguintes termos: “Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código”.

Ambos os recursos foram julgados conjuntamente, em 10 de maio de 2017, momento em que foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil pelo Plenário do STF.

É importante destacar a extensão do debate envolvendo a controvérsia em análise. Com efeito, após mais de 06 anos, desde a afetação do primeiro tema, foi que o STF levou a julgamento a questão, sendo que não foi uma decisão unânime do plenário, havendo votos divergentes, o que denota a complexidade da matéria.

Outrossim, ressalta-se que, à época em que fora afetado o primeiro recurso, o casamento entre homossexuais não era admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 10 de maio de 2017.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 10 de maio de 2017.

Assim, para que haja uma melhor compreensão da *ratio decidendi* dos Ministros ao longo dos julgamentos, optou-se por analisar, em primeiro lugar, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/RS, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, o qual foi pautado para julgamento primeiro.

In casu, o primeiro grau de jurisdição afastou a aplicação do artigo 1.790 do Código Civil e julgou procedentes os pedidos da companheira, com a finalidade de que lhe fosse atribuído a totalidade da herança, excluindo-se os irmãos do *de cuius*, concedendo-lhe, ainda, o direito real de habitação e a indenização do seguro de vida.

Entretanto, em razão da apelação de um dos irmãos do falecido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aplicando o entendimento consolidado pela sua Corte Superior acerca da constitucionalidade do artigo 1.790, reformou a sentença para limitar o direito sucessório da companheira para um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a existência da união estável, excluindo-se os bens particulares do companheiro.

Ante o improvimento do Recurso Especial em razão da sua intempestividade, o Recurso Extraordinário foi admitido no STF. Em suas razões recursais, a companheira sustentou que o regime sucessório estabelecido no art. 1.790 é incompatível com os princípios constitucionais da proteção à família e à igualdade, devendo ser, portanto, aplicado de forma equivalente ao do casamento.

Após o parecer da Procuradoria-Geral da República, opinando pelo não provimento do recurso, houve o deferimento de ingresso no feito como *amicus curie* das seguintes instituições: ADFAS (Associação de Direito da Família e Sucessões); IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família); e do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros).

O Ministro Relator Roberto Barroso iniciou seu voto delimitando a controvérsia para o seguinte questionamento: “é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente da união estável?”. Após, o Ministro optou por estruturar seu voto em três partes: contextualização da controvérsia; a Constituição de 1988 e os direitos sucessórios dos companheiros; e, por fim, a solução da controvérsia.

Em linhas gerais, na primeira parte do voto, o Relator discorreu sobre como o regime sucessório encontra-se vinculado ao direito de família e como o conceito de família foi se desenvolvendo no direito brasileiro ao longo dos anos, saindo da centralização do casamento para o reconhecimento de múltiplas entidades familiares. Considerando a nova disposição constitucional de 1988, cuidou ainda de analisar o papel do Estado em relação ao direito de família. Para o Ministro Relator, ao Estado, nos tempos atuais, importa garantir a possibilidade de autorrealização dos indivíduos, assegurando os meios para que esses possam seguir as suas

próprias concepções. Nesse ponto, destacou que “essa missão é a justificativa e também o limite do Estado para intervir nas relações familiares e na liberdade dos indivíduos”.

Já na segunda parte do voto, o Relator apontou que, após a Constituição de 1988, as legislações que vieram a tratar sobre a união estável foram progressivamente reconhecendo direitos sucessórios iguais para cônjuges e companheiros. Por outro lado, ressaltou que o Código Civil de 2002 veio na contramão, realizando uma significativa distinção entre os regimes, as quais ele sintetizou da seguinte forma: em primeiro lugar, foi restringida a participação do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável; e, em segundo lugar, que o quinhão do companheiro é muito inferior ao que lhe seria conferido se fosse casado com o falecido a partir da ordem de vocação hereditária.

Cumprir destacar que o Ministro não deixou de apontar que o sistema vigente nem sempre privilegia o casamento em detrimento da união estável, havendo hipóteses em que o regime sucessório previsto no CC/2002 seria mais benéfico para os companheiros. Não obstante, o Relator utilizou-se desse exemplo como um reforço argumentativo para ressaltar que, ainda que o propósito do legislador tenha sido de colocar o casamento em um patamar superior ao da união estável, esse objetivo acabou “se perdendo pelo caminho”.

Ainda na segunda parte, afirmou que a CF/88, ao ampliar o conceito jurídico de família, não equiparou absolutamente o casamento às demais entidades familiares, havendo várias diferenças entre casamento e união estável que decorrentes de fatores diversos, como os modos de constituição, comprovação e de extinção. Assim, ressaltou que seria necessário, então, analisar se as diferenças existentes entre os institutos justificam uma disparidade de tratamento no que concerne ao regime sucessório dos cônjuges e companheiros.

Além disso, fazendo uso dos métodos tradicionais de interpretação jurídica – gramatical, teleológico, histórico e sistemático – demonstrou ser ilegítima a hierarquização das formas de família. Em síntese, apontou o relator que:

essa é uma primeira constatação importante que decorre do sistema constitucional: o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e a união estável. Todavia (...) alcança-se uma segunda constatação importante: só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.

Ao final, concluiu que, em decorrência lógica da inexistência de hierarquia entre as entidades familiares e, reconhecendo o direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos. Isto porque, entendeu-se que o disposto no art. 1.829 é o que melhor permite ao cônjuge viver de

forma digna, após o óbito do seu parceiro, não sendo possível estabelecer regramento diverso e menos protetivo para os companheiros.

Após sua primeira conclusão, cuidou o Ministro de analisar uma possível violação, ainda, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, apontou que esse princípio possui as seguintes vertentes: o valor intrínseco de todos os seres humanos e a autonomia de cada indivíduo.

Em relação a este último, afirmou que a dignidade como autonomia permite que todos os indivíduos busquem, à sua maneira, o ideal de viver bem e ter uma vida boa, sendo que a autonomia privada, a seu ver, consiste na capacidade do indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas. Destacou, então, que “não há dúvidas de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de constituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais”.

Entretanto, para o Relator, macula a autonomia da vontade dos casais a estipulação de um regime sucessório que, na maioria das vezes, é bem mais benéfico para o casamento do que para a união estável. Isto porque, segundo o seu entendimento, esse ônus acaba induzindo a quem quer viver em união estável a optar pelo casamento “por receio de que seus parceiros não venham afazer jus ao regime sucessório devido”.

Como também, afastou o argumento de que a diferença dos regimes sucessórios decorreria da autonomia da vontade, na medida em que facultaria aos particulares escolher o sistema normativo que melhor se ajuste aos seus projetos de vida. Em suas palavras:

O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade de opção entre um e outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime sucessório. Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade. É pensar de forma anacrônica e desprestigiar o valor intrínseco de família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer anteriormente à Constituição de 1988.

Nesse ponto, já é possível observar que o Ministro Relator, ao construir o voto, cuidou em distinguir os institutos, deixando claro que ambos são juridicamente distintos, mas ressaltando que não pode haver uma superioridade entre um e outro. Além disso, verifica-se que não se analisou apenas sob o prisma da igualdade, havendo preocupações com a autonomia da vontade dos particulares.

O Ministro Relator apontou, ainda, que o art. 1.790 do Código Civil violava os princípios da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso. Em relação ao primeiro, afirmou que ele é desproporcional, pois veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável. Por sua vez, no tocante ao

segundo, destacou que a legislação anterior à promulgação do CC/2002 trazia uma maior proteção aos companheiros.

Por fim, na terceira e última parte do voto, ao solucionar a controvérsia, o Relator cuidou, então, de estabelecer qual seria o regime sucessório aplicável à união estável, diante do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790: aplicar o regime anterior, previsto pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996 ou o regramento previsto para o casamento constante no CC/2002.

Optou-se, então, por estender os efeitos do artigo 1.829 do CC/2002 aos companheiros, sob o argumento de que é necessário que sejam estipulados os mesmos efeitos sucessórios para o casamento e para união estável. Todavia, apontou que a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 não impede que o legislador atue futuramente com o objetivo de garantir o exercício da autonomia da vontade dos companheiros e cônjuges, criando regimes sucessórios diversos, nos quais estes possam optar, em vida, mediante acordo escrito, pelo sistema que os contemple melhor.

Ao final, o Ministro Relator votou no sentido de dar provimento ao recurso para, reconhecendo de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, declarar o direito da recorrente a participar da herança do seu companheiro, em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do CC/2002.

Ao acompanhar o voto do Ministro Relator, o Ministro Edson Fachin ressaltou que a estipulação de privilégios sucessórios, seja para o cônjuge ou companheiro, é “tratar de modo diferente pessoas em igual situação – conjugalidade *lato sensu*, originada na coexistência em comunhão de vida”. Outrossim, apontou o acerto do voto do Relator ao prestigiar o princípio da isonomia.

Após o voto do Ministro Teori Zavascki, também acompanhando a posição do Ministro Relator, a Ministra Rosa Weber acostou seu voto, em que faz uma análise histórica dos relacionamentos familiares, em particular a posição de desigualdade das mulheres nessas relações e como a opção do legislador, ao diferenciar os regimes sucessórios do casamento e a união estável fere o princípio da igualdade, na medida em que ambas são consideradas entidades familiares segundo o artigo 226 da Constituição Federal. Ao final, a Ministra votou no mesmo sentido do relator, acolhendo a proposta quanto ao tema da repercussão geral.

Caminhando no mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux ressaltou que a interpretação do §3º do art. 226 da Constituição Federal é cristalina no sentido de que essas famílias foram equiparadas. Por seu turno, o Ministro Celso de Mello limitou-se a destacar, ao acompanhar o voto do Ministro Barroso, que o Tribunal estava a viabilizar a plena realização dos valores da

liberdade, igualdade e não discriminação, bem como conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, ao romper com paradigmas históricos, culturais e sociais.

A última Ministra a acompanhar o Ministro Barroso foi a presidente do STF, à época, Ministra Carmem Lúcia. Em seu voto, a Ministra ressaltou transgressão ao princípio da igualdade, posto que as pessoas devem ter iguais direitos em iguais condições.

A partir do voto dos Ministros que votaram em consonância com o Ministro Relator, pode-se observar que, diferentemente deste último, que enfrentou o problema também sob o prisma da eventual mitigação da liberdade dos casais, os demais Ministros não atentaram para o princípio da liberdade na escolha da entidade familiar, restringindo-se apenas a analisar a controvérsia sob a ótica do princípio da igualdade nas relações familiares.

Em sentido contrário, o Ministro Dias Toffoli ressaltou sua preocupação com eventual anulação da autonomia da vontade e pediu vistas dos autos. Ao proferir seu voto, o Ministro abriu divergência ao voto do Ministro Relator sob o seguinte fundamento: a seu ver, a redação do art. 226, §3º da CF/88 deixa claro que os institutos jurídicos são distintos,

devendo ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime. Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, bem como o respeito à autonomia da vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos.

Ao continuar, o Ministro Toffoli fez uso das transcrições dos debates legislativos do Projeto do Código Civil para apontar que a opção do legislador não fora desarrazoada ou injustificada, havendo claros motivos pelos quais foi estipulado o tratamento diferenciado dos institutos.

Para além disso, ressaltou que a norma civil indicada como inconstitucional não hierarquizou o casamento em detrimento da união estável, mas acentuou suas diferenças. Destacou, ainda, em seu voto, trecho do parecer do Procurador da República, Rodrigo Janot, *in verbis*: “Tal processo levaria a um nivelamento entre todos os regimes, já que nenhum poderia ser mais favorável ou desfavorável por violar o princípio da isonomia. Esse exercício, por fim, faria ruir todo o edifício construído pelo legislador positivo”.

Ao final, votou no sentido de negar provimento ao recurso especial, ressalvando que, caso existam efetivas e reais razões fáticas e políticas para alteração da norma, que esta seja realizada mediante debates no Congresso Nacional, onde poderão ser discutidas as alternativas para a sua modificação, bem como analisados os seus impactos sociais.

Ao acompanhar a divergência, o Ministro Marco Aurélio acostou aos autos cópia do seu voto exarado no julgamento do RE nº 646.721/RS, no qual foi designado Relator, mas tendo sido vencido, sendo Relator para Acórdão o Ministro Roberto Barroso.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio destacou que em nenhum momento houve a equiparação da união estável ao casamento pelo legislador, sendo certo de que, independentemente se fora bom ou mal, o Código Civil cuidou de estabelecer as diferenças, não cabendo ao intérprete a opção de igualá-los quando a Constituição não o fez.

Tratando especificamente do artigo julgado inconstitucional, apontou que não é possível considerá-lo mais ou menos vantajoso em abstrato, haja vista depender de como seja constituído o patrimônio do *de cuius*. Além disso, ressaltou que:

Entender de modo diverso, igualando casamento e união estável, em especial no tocante ao direito sucessório, significa, além do prejuízo para os sucessores, desrespeitar a autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em eleger aquele que melhor atendesse à pretensão de constituição do núcleo familiar – casamento ou união estável.

Depreende-se da leitura dos votos que os Ministros, os quais votaram em divergência com o Ministro Relator, buscaram atentar mais para a possível mitigação do princípio da liberdade e da autonomia da vontade dos particulares no momento da escolha da entidade familiar, havendo menores considerações no tocante ao princípio da igualdade, na medida em que ambos partiram da premissa que a Constituição Federal cuidou de diferenciar os institutos, sendo, portanto, cabível a existência de efeitos jurídicos distintos entre eles.

No julgamento do RE 646.721/RS, após o Ministro Marco Aurélio, então relator, exarar seu voto no sentido de negar provimento ao recurso, o Ministro Roberto Barroso abriu divergência para, em consonância com o seu voto no RE 878.694/MG, julgar inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil.

Os demais Ministros²³⁹, em sua maioria, cuidaram apenas de reproduzir os fundamentos e argumentos utilizados no julgamento do RE 878.694/MG para acompanhar a divergência ora instaurada, apenas ressaltando que não haveria razão de serem distintos os entendimentos para uma união estável heteroafetiva e para uma união homoafetiva, conforme decidido no julgamento da ADPF nº 132 e ADI 4277.

Há de se destacar apenas o voto do Ministro Alexandre de Moraes, o qual não participou do julgamento do RE 878.694/MG. Em suas razões, fundamentou que, malgrado não sejam institutos jurídicos idênticos, há de se ter em mente que o direito de família e o direito sucessório

²³⁹ Participaram do julgamento, votando ao encontro da divergência os seguintes Ministros e Ministras: Luiz Fux, Edson Fachin, Rosa Weber e Carmem Lúcia.

são regidos pelos princípios da solidariedade e da igualdade, os quais não estão sendo respeitados com a redação do artigo 1.790 do CC/02.

Apenas o Ministro Lewandowski votou de acordo com o Ministro Relator, para julgar constitucional o artigo, sob o fundamento de que, em sendo cristalino que os institutos jurídicos são distintos, é plenamente justificável o tratamento diferenciado no que diz respeito ao regime sucessório das pessoas que optaram por uma dessas entidades familiares, devendo ser aplicado, em linhas gerais, o princípio *in dubio pro legislatore*.

Ao final, os Recursos Extraordinários nº 646.721/RS e o nº 878.694/MG foram julgados conjuntamente, momento em que foi declarada, por maioria, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, sendo aprovada a seguinte tese, para fins de repercussão geral: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”.

Analisando os votos, é possível observar a perpetuação da interpretação do STJ do art. 226, §3º da Constituição Federal, no sentido de que houve a equiparação dos institutos jurídicos como entidades familiares, razão pela qual majoritariamente se observam os problemas envolvendo as distinções dos efeitos entre os institutos sob o prisma do princípio da igualdade.

É interessante observar que, dependendo da perspectiva que se adote para analisar a controvérsia, a solução é totalmente distinta: quando se considera a questão sob a ótica da igualdade, entende-se pela inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios prevista no CC/2002; todavia, quando se observa sob o prisma da liberdade, afigura-se constitucional a diferenciação.

Apenas o Ministro Relator Luis Roberto Barroso cuidou de atentar minuciosamente sob ambas as perspectivas, com o objetivo de ponderá-las e chegar à solução da controvérsia. Com efeito, conforme visto, o Ministro Relator construiu seu voto com o intuito de demonstrar que analisando o problema com fulcro em qualquer dos princípios – liberdade ou igualdade – haveria uma mácula capaz de ensejar o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. Entretanto, não se pode olvidar a incongruência do voto do Ministro quando aborda o princípio da liberdade.

Isto porque, em determinado momento, o Ministro destacou que haveria uma violação na liberdade dos casais no momento da escolha da entidade familiar conjugal, em razão da distinção do regime sucessório, posto que o dispositivo faria com que a escolha destes fosse enviesada, sendo certo de que, sob o ponto de vista sucessório, seria mais benéfico contrair casamento do que uma união estável. Todavia, em outro ponto do voto, o próprio Ministro

pondera que, a depender do caso concreto, poder-se-ia ser mais vantajoso, considerando o regime sucessório, constituir uma união estável do que se casar.

Com efeito, conforme explicitado no início do capítulo, o presente trabalho não se propõe a discutir o acerto dos julgados, mas compreender como cada uma das equiparações realizadas pelos tribunais brasileiros foi construída, com o intuito de buscar uma eventual coerência metodológica dos julgados.

Todavia, o que se observa, por ora, é a maleabilidade da argumentação dos tribunais para cada um dos problemas sob o qual é instado a se manifestar. Neste ponto, verifica-se que não há uma preocupação com o instituto jurídico da união estável como um todo, mas apenas a análise do problema concreto.

A título de exemplo, no tópico 3.1, um dos fundamentos para a equiparação da obrigatoriedade do regime sucessório dos companheiros maiores de 70 anos foi o eventual desestímulo à realização do casamento, na medida em que a união estável seria mais vantajosa neste ponto. Por outro lado, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, fundamentou-se que haveria o desestímulo à união estável, na medida em que seria mais benéfico contrair casamento.

Ora, quando analisados de forma isolada, de fato, as conclusões dos Ministros procedem. Não obstante, caso estejamos falando de um casal de solteiros, sem filhos e sem parentes até terceiro grau, não seria mais benéfica a união estável?! E os maiores de 70 anos que optassem por casar e não possuíssem ascendentes ou descendentes, não seria melhor a realização do casamento?! Até que ponto as vantagens e as desvantagens previstas em cada instituto são hipóteses efetivas de estímulo ou desestímulo ou predileção do ordenamento jurídico por uma ou outra entidade familiar?!

Isto denota o quão complexa é a matéria e, apesar de já ter sido julgada pelo STF, a decisão ainda é alvo de debates pela doutrina especializada. Rodrigo da Cunha Pereira teceu críticas a esta equiparação, a saber:

Esse tratamento que até então era dado pelo Código Civil de 2002 ao casamento e a união estável não significava superioridade de uma sobre a outra entidade familiar. Significava é a saudável consideração das diferenças. O passo adiante no discurso da igualdade de direitos é exatamente esta consideração das diferenças. E na liberdade de escolha do diferente está a responsabilidade do sujeito por esta escolha²⁴⁰.

²⁴⁰ PEREIRA, op. cit., 2020. p. 220.

Além disso, em face do posicionamento adotado pelo STF, defende-se a necessidade de maiores digressões sobre a sucessão do companheiro, principalmente se o ele é – ou não – herdeiro necessário.

Para tanto, após o julgamento dos recursos, foram interpostos embargos de declaração, em razão de omissão e obscuridade dos acórdãos, discutindo-se a aplicação do artigo 1.845 do Código Civil à união estável.

Com efeito, o artigo 1.845 estabelece que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e os cônjuges. Assim, em razão da equiparação do regime sucessório entre cônjuges e companheiros, cuidou-se de indagar se haveria a extensão deste artigo também para os conviventes em união estável.

Os embargos declaratórios foram rejeitados sem discussões de mérito sob a questão, apenas ressaltando que a aplicação do artigo 1.845 não havia sido alvo no Recurso Especial em análise, razão pela qual não haveria que se falar em omissão do julgado.

Paulo Lobo defende que a não exclusão expressa, pelo STJ, da aplicação do artigo 1.845 à união estável, leva ao entendimento de que houve a equiparação de todo e qualquer efeito decorrente do regime sucessório do cônjuge para o companheiro em razão da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, sendo o caso de uma “interpretação conforme por arrastamento dos demais artigos que se referem à sucessão do cônjuge, para que sejam interpretados como incluindo o companheiro, porque especificam as consequências da ordem da sucessão legítima, inclusive quanto à sucessão concorrente”²⁴¹.

Por seu turno, Rodrigo da Cunha Pereira entende ser crucial a distinção da condição de herdeiro necessário entre cônjuges e companheiros. Para o autor:

A diferença hoje entre o casamento civil e a união estável restou fundamentalmente em que o cônjuge é herdeiro necessário e o companheiro não o é. Em que pese a polêmica discussão da igualdade entre essas duas formas de constituição de família, é muito saudável que tais diferenças permaneçam. Isto não significa a superioridade de uma sobre a outra, insista-se. É exatamente esta diferenciação que dá a possibilidade de escolha ao casal de constituir uma família sem que o cônjuge seja necessariamente herdeiro. É essa diferença, portanto, que pode garantir a liberdade, um dos pilares de sustentação do Direito Civil²⁴².

A partir da análise extensiva dos fundamentos dos votos que resultaram na declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não podemos defender que houve a extensão da condição de herdeiro necessário para os companheiros. A nosso ver, trata-se de um problema bastante complexo que não pode ser reduzido a uma interpretação extensiva de um

²⁴¹ LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Volume 6: Sucessões. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 171.

²⁴² PEREIRA, op. cit., 2020. p. 190/191.

julgado em que em momento algum cuidou de discorrer qualquer palavra sobre as particularidades envolvendo a condição do herdeiro necessário.

Para Regina Beatriz Tavares da Silva, esta é a única interpretação possível considerando a tese de repercussão geral firmada pelo STF e reforça seu posicionamento problematizando:

Note-se que se a relação afetiva terminar pela morte, o namorado sobrevivente terá mais facilidade de se arvorar em herdeiro, concorrendo com os filhos do falecido ou com seus pais na ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.824 do Código Civil, se não houver testamento que exclua o parceiro sobrevivente da herança, em razão da referida tese firmada no STF, por maioria de votos. Isto porque namorados podem facilmente ser confundidos com companheiros diante da equivocada norma legal brasileira, que não estabelece a convivência *more uxório* e tampouco sua duração mínima²⁴³.

Questão importante a ser observada, ainda, é a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil realizada pelo Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do RE nº 878.694/MG.

Tendo em mente a proteção da segurança jurídica e considerando o impacto que a declaração de inconstitucionalidade pode causar nas relações, a Lei nº 9.868/99²⁴⁴, em seu artigo 27, prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos dessa decisão²⁴⁵.

Assim, em havendo a maioria de dois terços dos membros do Tribunal bem como razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderão ser modulados os efeitos temporais de eventual declaração de inconstitucionalidade.

Larissa Leal, ao discorrer sobre o tema, ressalta que, no âmbito do direito de família, em que as relações familiares são complexas e com características próprias, a regra parece ser inversa, devendo-se impor a modulação temporal dos efeitos das decisões, “sob pena de ocorrer uma inversão das próprias razões que estão presentes no comando geral da retroatividade:

²⁴³ SILVA, op. cit., 2021. p. 447.

²⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

²⁴⁵ Larissa Leal critica o dispositivo em comentário: para a autora, “o limite de decidir e a obrigação de modular os efeitos da decisão, concluímos, são anteriores no ordenamento jurídico brasileiro e passaram apenas por uma repetição feita pelo legislador, fruto do empobrecimento da técnica legislativa que tem ocorrido no Brasil a partir das últimas décadas do século XX.” Isto porque o artigo 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro já previa que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, sendo esta a fonte primeira da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais. *In*: LEAL, Larissa Maria de Moraes. **Notas sobre a irretroatividade da equiparação dos regimes sucessórios entre os cônjuges e companheiros (Tema 809 do STF)**. [s.l.: s.n.], [202-] No prelo.

proteção à boa-fé, tutela da confiança, previsibilidade, pragmatismo e consequencialismo jurídico”²⁴⁶.

Com efeito, considerando o imbróglio que poderia ocorrer caso todas as partilhas realizadas com lastro no artigo 1.790 do CC/2002 fossem reabertas, o Ministro Relator propôs a seguinte modulação temporal dos efeitos da decisão, a qual foi acolhida pelos demais Ministros:

Por fim, não se pode esquecer que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com intuito de reduzir a insegurança jurídica, a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.

Desta feita, as partilhas já transitadas em julgados não poderiam ser reabertas em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, não havendo, portanto, efeitos retroativos *ex-tunc*.

Embora aparentemente a modulação dos efeitos perpetrada pelo STF fosse clara e objetiva, o STJ recebeu Recurso Especial em que o cerne principal era a aplicabilidade da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 para as decisões interlocutórias irrecorríveis que foram proferidas no bojo de ação de inventário ainda não transitado em julgado.

Em breve resumo, cuidou-se do seguinte caso concreto: em decisão interlocutória proferida em ação de inventário, excluiu-se da partilha da companheira um imóvel, com respaldo no art. 1.790 do Código Civil. A decisão em comento precluiu, não havendo mais quaisquer oportunidades de rediscutir tal questão. Não obstante, ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, o juízo *a quo* reformou de ofício a decisão anterior, com a finalidade de incluir o imóvel na partilha da companheira.

Em face desta última decisão, foi interposto agravo de instrumento e, posteriormente, o Recurso Especial nº 1.904.374/DF²⁴⁷, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Em seu voto, a Ministra destacou que, em sendo a declaração de inconstitucionalidade uma questão de ordem

²⁴⁶ LEAL, Idem [202-].

²⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.904.374/DF**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 13 de abril de 2021, publicado em 15 de abril de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001437688&dt_publicacao=15/04/2021. Acesso em: 20 mai. 2022.

pública, era lícito ao juízo do inventário rever, de ofício, posicionamento anterior, incluindo na sucessão a companheira, antes da prolação da sentença de partilha.

Destacou que, com base na Lei nº 11.232/2005, a declaração superveniente de inconstitucionalidade de lei pelo STF torna inexigível o título que nela que se funda, sendo matéria suscetível de arguição em impugnação ao cumprimento de sentença, razão pela qual deve o magistrado deixar de aplicar a lei inconstitucional antes da sentença de partilha.

Ao final, votou no sentido de negar provimento ao Recurso Especial, tendo a Terceira Turma, por unanimidade, acompanhado o voto da Ministra-Relatora.

Compreende-se, então, que a decisão de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002 atinge todos os processos de inventário que não transitaram em julgado, sendo aplicável, também, para todas as decisões, sejam elas irrecorríveis ou não, que foram proferidas em ação de inventário ainda não transitada em julgado.

4.5 ALTERAÇÃO DO ESTADO CIVIL E MANUTENÇÃO DE PENSÃO POR MORTE DE FILHA DE MILITAR CONVIVENTE EM UNIÃO ESTÁVEL

Não só apenas dispositivos do Código que foram interpretados de modo a equiparar os efeitos do casamento e da união estável. Ao final do ano de 2017, o STJ julgou o Recurso Especial nº 1.516.599/PR²⁴⁸, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se discutiu a possibilidade de averbação, em certidão de óbito, da informação de que a *de cujus* convivia em união estável, com base no art. 80 da Lei nº 6.015/1973.

O Tribunal de Justiça do Paraná deu parcial provimento à apelação para que na certidão de óbito de A. F. M. constasse como estado civil ‘solteira com união estável’. Desta decisão, foi interposto Recurso Especial ao STJ. Em suas razões recursais, o recorrente apontou, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido bem como a ausência de interesse de agir. No mérito, alegou que não seria possível a inclusão de união estável em assento de óbito, posto que esta não modifica o estado civil das pessoas.

Ao rejeitar a primeira preliminar, fundamentou a Ministra Relatora que “a ausência de previsão legal, por si só, não torna o pedido juridicamente impossível se a pretensão deduzida não é expressamente vedada ou incompatível com o ordenamento pátrio”.

²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.516.599/PR**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 21 de setembro de 2017, publicado em 2 de outubro de 2017.

Ao analisar a segunda preliminar, a Ministra iniciou afirmando que “enquanto entidade familiar, a união estável em nada se diferencia do casamento, porque essa foi a vontade do constituinte originário de 1988, insculpida no §3º do art. 226 da Constituição Federal”. Afirmou que o provimento jurisdicional se revela útil, reconhecendo a “importância do eventual registro, averbação ou anotação no Registro Civil das Pessoas Naturais da situação de união estável, de modo a conferir-lhe efetiva publicidade e oponibilidade *erga omnes*”.

Ao julgar o mérito, iniciou o voto fundamentando que, de fato, no ordenamento jurídico brasileiro vigente, não há previsão legal para alteração do registro civil dos conviventes em união estável, destacando que o próprio *site* do governo brasileiro destaca que os companheiros continuam solteiros para fins registrais.

Todavia, destacou as críticas doutrinárias a esta omissão legislativa, defendendo a necessidade de alteração, com a finalidade de que haja maior publicidade e oponibilidade do estado familiar, conferindo, por consequência, maior segurança aos companheiros, seus herdeiros e terceiros que venham a estabelecer relações jurídicas.

Afastando-se do debate acerca da caracterização – ou não – de um novo estado civil pela união estável, a Ministra Relatora ateve-se à interpretação das normas da Lei de Registros Públicos, fundamentando que se deve caminhar para o incentivo à formalidade, com o intuito de que a verdade dos fatos corresponda a informação dos documentos, especialmente no tocante ao estado da pessoa natural.

Neste ponto, interessante observar a defesa pelo “incentivo a formalidade” da união estável realizada pelo STJ, o que pode, a longo prazo, por empecilhos no tocante à sua forma de constituição, na medida em que atualmente se entende que ela é uma união informal, de livre constituição e dissolução.

Ao negar provimento ao recurso, concluiu que, uma vez declarada a união estável por meio de sentença judicial transitada em julgado, há de ser acolhida a pretensão de inscrição deste fato jurídico no Registro Civil de Pessoas Naturais.

Já no ano 2020, o STJ, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 59.709/RS²⁴⁹, foi instado a se manifestar sobre a possibilidade de filhas solteiras de militares, maiores de 21 anos, permanecerem percebendo o benefício previdenciário, com fulcro na Lei nº 3.373, de 1958²⁵⁰.

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 59.709/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19 de maio de 2020, publicado em 25 de junho de 2020.

²⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 3.373, de 12 de março de 1958**. Dispõe sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, a que se referem os arts. 161 e 256 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, na parte que diz respeito à

Tratava-se, na origem, de um Mandado de Segurança impetrado contra ato administrativo da Diretora do Foro da Justiça Federal do Rio Grande do Sul que determinou o cancelamento da pensão temporária por morte anteriormente deferida, sob o fundamento de que a autora não cumpriu um dos requisitos necessários para manutenção do benefício, qual seja, o estado civil de solteira, porquanto convive em união estável.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul indeferiu liminarmente o *writ*, em razão de inadequação da via eleita, por entender que seria necessária a realização de dilação probatória quando ao estado civil da impetrante e a apuração de sua má-fé para fins de percepção do benefício.

A autora, então, interpôs Recurso em Mandado de Segurança, alegando possuir direito à pensão por morte, na medida em que a existência de união estável não é condição para a perda da pensão, não havendo analogia quanto ao estado civil. Afirmou, ainda, a inexistência de má-fé, haja vista inexistir estado civil de “unido estavelmente”.

O Ministro Relator Heman Benjamin, em seu voto, afastou, de início, o entendimento de que era necessário dilação probatória e passou a análise do mérito recursal, delimitando o cerne da controvérsia nos seguintes termos: “a constituição de união estável posteriormente à concessão do benefício autoriza ou não o cancelamento da pensão temporária por morte de filha solteira deferida com base na citada Lei nº 3.373/1958”.

Fundamentou o Ministro Relator que, conforme a regra do *tempus regit actum*, a norma que rege o deferimento da pensão é aquela vigente na data do óbito, sendo, portanto, a Lei nº 3.373/1958.

Com efeito, o artigo 5º, parágrafo único da referida Lei, dispõe que “a filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente”.

Observou o Ministro que a pensão por morte à filha solteira é temporária, mas pode se prolongar indefinidamente, desde que a mulher cumpra as duas condições nele descritas, a saber: alteração do estado civil ou ocupação de cargo público de caráter permanente. Em se tratando de condições resolutivas, caso haja o implemento de alguma dessas, o benefício deverá ser cassado. Destacou, ainda, que esse direito não pode ser extirpado por norma superveniente, que prevê causa de extinção outrora não reconhecida.

Salientou, então, o Ministro Relator que, embora a legislação à época vigente não se referisse à união estável como condição para perda da pensão, até porque, naquele momento,

não era reconhecido sua equiparação ao casamento feita pelo art. 226, §3º da Constituição Federal, não persistiam dúvidas de que a constituição da entidade familiar altera o estado civil da beneficiária, fazendo com que ela perca o direito ao recebimento da pensão, consoante fora entendido pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.516.599/PR. E continuou o voto, ressaltando que:

O art. 226, § 3º da CF/1988, ao conferir proteção à união estável, visou igualar os direitos entre ela e o casamento, sendo descabido que essa proteção garanta a tal forma de família direitos não previstos para o casamento. Estando os companheiros e os cônjuges em igualdade de condições, não se pode conceder mais direitos ao primeiro do que ao último. Não há como conceber que as pessoas em união estável utilizem a legislação somente em benefício próprio, apenas nos aspectos em que a situação de convivência gere direitos, mas se furtando aos seus efeitos quando os exclua. Da mesma forma que há violação ao princípio da isonomia o não reconhecimento de direito à união estável, afronta o referido princípio acatar o direito à pensão às mulheres que estejam nessa composição familiar, mas não às que estejam casadas.

Ao final, a Segunda Turma do STJ, por unanimidade, acompanhou o voto do Relator no sentido de dar provimento ao recurso ordinário para afastar a inadequação da via eleita e, no mérito, denegar a segurança.

Em ambos os julgados, observamos a interpretação firme do STJ acerca do §3º do art. 226 da CF/88: no entender deles, a união estável fora equiparada ao casamento.

Em razão deste entendimento, verifica-se uma constante preocupação com o princípio da igualdade, com o intuito de que não haja uma vantagem de um instituto sobre o outro, o que demonstra uma coerência na jurisprudência do Tribunal: não podem existir mais benefícios do casamento em relação à união estável e vice-versa.

Se por um lado há sempre a atenção ao princípio da igualdade do direito de família, mais uma vez não observamos, ao longo dos acórdãos, qualquer menção ao princípio da liberdade na escolha da entidade familiar conjugal.

Outrossim, analisando os dois acórdãos conjuntamente, observa-se que há um ponto de comunicação entre estes, a saber: a alteração do estado civil decorrente da constituição de uma união estável.

Há de se destacar que, no primeiro julgado, defende-se que a alteração do estado civil dos companheiros tem relevância para conferir “efetiva publicidade e oponibilidade *erga omnes*”. Entretanto, questiona-se: não seria este já o efeito decorrente de uma eventual escrituração da união estável? Haveria necessidade de se realizar, também, a alteração do estado civil dos companheiros?

Verifica-se que nos dois acórdãos o STJ afirma seu posicionamento de que a constituição de uma união estável altera o estado civil, ainda que não faça maiores digressões sobre qual seria esse novo estado civil: casado de fato? convivente em união estável?

A partir deste entendimento do tribunal, questiona-se: qual seria o fundamento, então, para não equiparar a necessidade de outorga uxória para os companheiros?

Conforme visto ao final do segundo capítulo, o legislador optou por não transpor, para a união estável, a necessidade de outorga uxória prevista para os cônjuges para, a título de exemplo, a realização de fiança ou doação de bens comuns que possam integrar a futura meação.

Apesar das críticas doutrinárias à ausência desta equiparação – na medida em que união estável e casamento se submetem ao mesmo regramento no tocante ao regime de bens – o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de ser desnecessária a outorga uxória do companheiro.

O mais curioso, todavia, é observar os fundamentos utilizados no voto precursor deste posicionamento, o Recurso Especial nº 1.299.866/DF, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão e confrontá-lo com os demais entendimentos do STJ no tocante à união estável.

Isto porque o Ministro Relator construiu toda sua fundamentação com base em uma premissa muito importante – e interessante, sob o ponto de vista metodológico – para justificar as equiparações e distinções existentes entre a união estável e o casamento.

Com efeito, pontuou o Ministro Salomão que se deve distinguir dois pontos fundamentais para analisar a necessidade – ou não – de equiparação dos efeitos dos institutos: se observar a união estável e o casamento sob o prisma de entidades familiares não poderá existir tratamento jurídico distinto, na medida em que não há hierarquia entre elas; e se analisar sob a ótica da natureza jurídica dos institutos, sendo certo de que o casamento é um ato jurídico formal e solene enquanto a união estável prescinde de qualquer formalidade legal para que se constitua, justifica-se as eventuais distinções entre eles.

Partindo dessa premissa, compreendeu que a exigência de outorga uxória apenas para o casamento é uma das diferenças entre o casamento e a união estável que se justifica, posto que, nos termos do voto do Ministro Relator:

É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, não se dispensa as vênias conjugais para a concessão de fiança. Na mesma linha, não se parece nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável, sem a outorga uxória do outro companheiro. De resto, a celebração de escritura pública entre os consortes não afasta essa conclusão, porquanto não é ela própria o ato constitutivo da união estável. Presta-se apenas como prova relativa de uma união fática, que não se sabe ao certo quando começa nem quando termina.

Ademais, por não alterar o estado civil dos conviventes, para que dela tivesse conhecimento, o contratante deveria percorrer todos os cartórios de notas do Brasil, o que se mostra inviável e inexigível.

Mais uma vez se observa como os tribunais superiores brasileiros discutem as problemáticas envolvendo a união estável analisando apenas o problema exposto em suas mãos, sem maiores considerações ou cautelas quando pensadas globalmente, considerando o instituto jurídico e as consequências jurídicas que esses entendimentos podem ter para além do caso concreto.

Ao discorrer sobre a outorga uxória dos companheiros, o STJ fundamentou na sua impossibilidade em razão da união estável não alterar o estado civil, sendo certo de que este precedente ainda é reproduzido atualmente e citado pela doutrina como percussor do entendimento do STJ sobre o tema²⁵¹. Por outro lado, ao tratar da exclusão de pensão civil de filha maior de ex-militar ou para atualização do registro civil, considerou-se que a união estável tem o condão sim de alterar o estado civil dos conviventes, o que demonstra uma ausência de coerência da jurisprudência brasileira no tocante ao tema. Afinal, a união estável altera ou não o estado civil dos companheiros?

Reforça-se: o presente trabalho não pretende analisar o acerto ou erro dos julgados que porventura equipararam os efeitos da união estável e do casamento, mas procurar, a partir da análise do inteiro teor dos acórdãos, extrair uma linha de raciocínio dos tribunais superiores para a realização dessas equiparações.

4.6 A ALTERAÇÃO E DECLARAÇÃO DO REGIME DE BENS NO CURSO DA UNIÃO ESTÁVEL

Esta última equiparação não se trata, precipuamente, de uma aplicação analógica ou extensiva de dispositivos concernentes ao casamento para a união estável, com a finalidade de torná-las iguais no tocante aos seus efeitos.

Busca-se, em verdade, demonstrar como o STJ também interpreta dispositivos próprios da união estável de forma a manter uma correlação em relação ao casamento, havendo a constante preocupação de analisar os dispositivos de modo que haja um tratamento igualitário entre os institutos e que, dessa forma, não haja uma entidade familiar conjugal “mais benéfica do que a outra”.

²⁵¹ Vide: LOBO, op. cit., 2021. p. 352; PEREIRA, op. cit., 2020. p. 207.

O artigo 1.639, §2º do CC/2002 trouxe uma importante inovação no tocante ao regime de bens do casamento. Com efeito, a introdução do dispositivo no ordenamento jurídico permitiu que os casais alterem o regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, devendo ser apurada a procedência das razões invocadas e resguardados os direitos de terceiros.

Logo após a sua edição, uma das primeiras celeumas envolvendo o supracitado dispositivo foi a possibilidade de pessoas casadas sob a vigência do Código Civil de 1916 alterarem o regime de bens do casamento e, além disso, se esta alteração teria efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.

Em 2009, no julgamento do REsp 1.112.123/DF²⁵², Relator Ministro Sidnei Beneti, consolidou-se o entendimento do STJ, embasado nos precedentes de ambas as Turmas da 2ª Seção do STJ, para admitir a possibilidade de alteração do regime de bens dos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916.

Em 2014, no julgamento do REsp 1.300.036/MT²⁵³, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a Terceira Turma firmou o entendimento no sentido de que as alterações dos regimes de bens têm efeito *ex-nunc*, na medida em que devem ser respeitados os efeitos do ato jurídico perfeito, bem como preservados os interesses de terceiros que poderiam ser surpreendidos com uma alteração de regime de bens no curso do casamento.

Considerando o posicionamento firmado à luz do casamento, passou-se a discutir se, em eventual declaração de união estável, seria possível determinar o regime de bens com efeitos retroativos, contados do início do relacionamento ou se haveria meros efeitos prospectivos, a contar da data da escrituração.

Malgrado já existissem julgados tratando desse tema junto ao STJ, em que se demonstrava um entendimento aparentemente consolidado da jurisprudência nacional, o STJ revisitou o assunto em 2021 no julgamento do Recurso Especial nº 1.845.416/MS²⁵⁴.

Para uma melhor compreensão da construção do entendimento da Corte Superior durante o supracitado julgado, faz-se necessário, primeiramente, analisar dois acórdãos anteriores, os quais foram utilizados durante o julgamento como fundamentação deste último *decisium*.

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.112.123/DF**. Relator: Ministro: Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 16 junho de 2009, publicado em 13 de agosto de 2009.

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.300.036/MT**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 13 de maio de 2014, publicado em 20 de maio de 2014.

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.845.416/MS**. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 17 de agosto de 2021, publicado em 24 de agosto de 2021.

O Recurso Especial nº 1.383.624/MG²⁵⁵, de Relatoria do Ministro Moura Ribeiro, cuidou de discutir, entre outros assuntos secundários, a possibilidade de atribuir-se efeitos retroativos ao contrato de união estável celebrado após 08 anos do início da relação.

Embora o Ministro Relator, em seu voto, destacar que as uniões estáveis são livres e podem ser formalizadas por meio de documento a qualquer momento, ressaltou que os efeitos devem ser apenas prospectivos, a contar da elaboração do documento. Isto porque não seria possível a concessão de maiores benefícios à união estável do que ao casamento, e, considerando que para o casamento o regime de bens só começa a vigorar a contar da sua celebração e sua alteração só é permitida mediante autorização judicial, não seria possível que o contrato de convivência reconheça “uma situação que o legislador, para o casamento, prevê a intervenção do Judiciário”.

Ao final, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, com a seguinte redação final da ementa:

8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento.

Aproximadamente um ano após o supracitado precedente, foi julgado o REsp nº 1.597.675/SP²⁵⁶, caso similar em que o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino negou provimento ao recurso que tinha por objeto a aplicação de efeitos retroativos à escritura de união estável formulada no último ano do relacionamento.

Mantendo o entendimento esposado no julgado analisado anteriormente, o presente precedente se destacou pela elaboração do voto-vista da Ministra Nancy Andrighi.

A Ministra foi a única a abrir divergência no julgamento, apenas no tocante à fundamentação, e sustentou, em seu voto, a necessidade de se preservar a manifestação volitiva das pessoas, desde que descartados quaisquer vícios de consentimento, o que seria a hipótese dos autos.

Outrossim, arguiu que casamento e união estável não idênticos, não sendo possível a aplicação do regramento expresso do primeiro para o segundo. Isto porque, em suas palavras:

as regulações restritivas, próprias do casamento, não podem atingir, indistintamente, as uniões estáveis, se não houver fundada razão baseada em princípios jurídicos ou proteção de valores socialmente benquistos.

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.383.624/MG**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 02 de junho de 2015, publicado em 12 de junho de 2015.

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.597.675/SP**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 25.10.2016, publicado em 16 de novembro de 2016.

Para a Ministra, em não havendo expressa vedação legal, deve-se apenas observar os requisitos de validade do negócio jurídico, bem como os princípios legais que o regem, privilegiando a autonomia da vontade dos indivíduos.

Ao final, por fundamentos diversos, a Ministra também negou provimento ao recurso, o qual foi julgado por unanimidade no STJ. Nesse ponto, exsurge a importância de se observar os inteiros teor dos julgados para fins de análise de precedentes.

Isso pois, para fins de acórdão, restou consignado que a Terceira Turma do STJ julgou por unanimidade o recurso, o que poderia levar a crer que a fundamentação que o Ministro Relator adotou é o posicionamento firme da Turma, quando não foi o caso. Embora tenha chegado a mesma conclusão final, qual seja, a de negar provimento ao recurso, a Ministra Nancy discordou veementemente dos fundamentos adotados no tocante à impossibilidade de retroatividade dos efeitos de um contrato de convivência.

Ante a inexistência de um posicionamento firme e consolidado acerca do tema, em 2021 o STJ julgou o REsp 1.845.416/MG. No caso em questão, havia algumas particularidades que o fizeram ser admitido no tribunal superior, qual seja, a existência de duas escrituras públicas.

Na origem, tratou-se de uma ação anulatória de escritura pública promovida pela filha da *de cujus* contra o companheiro da falecida. O documento objeto da lide era uma escritura pública de declaração de união estável lavrada em 02.02.2015 em que os companheiros atestavam que o relacionamento, desde a origem, era regido pela separação absoluta de bens. Todavia, em meados de 2012, o casal já havia firmado uma escritura pública de união estável, a qual restava silente no tocante ao regime de bens adotado pelo casal.

Tanto a primeira quanto a segunda instância julgaram improcedentes os pedidos autorais, considerando que houve uma manifestação válida da vontade das partes e a inexistência de vícios capazes de ensejar a anulação do negócio jurídico.

No Recurso Especial, a recorrente alegou, entre outros argumentos, a violação ao artigo 1.639, §1º do Código Civil, haja vista “a impossibilidade de uma escritura pública modificar uma situação que o legislador, para o casamento, prevê a intervenção do judiciário”.

O então Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, após reconhecer a validade da escritura firmada em 2015 pelos companheiros, delimitou a controvérsia para discutir qual seria o marco temporal para produção dos efeitos da escritura pública, se desde o início da união estável, operando, portanto, efeitos *ex tunc*, ou se seria apenas a contar da confecção da escritura, com efeitos *ex nunc*.

De início, o magistrado realizou o *distinguishing* do posicionamento anterior firmado pela Terceira Turma no STJ, analisados acima, segundo o qual “em equiparação ao casamento, no curso da união estável, a alteração do regime de bens previsto em lei produz efeitos prospectivos”.

Isto uma vez que, segundo o Ministro Relator, enquanto nos casos anteriores se tratavam de alteração de regime de bens, este caso particular trata-se, especificamente, de uma declaração de regime de bens, haja vista que em nenhum momento anterior houve qualquer pactuação sobre o assunto.

Assim, considerando que a união estável é um ato-fato jurídico que depende das circunstâncias fáticas para a caracterização familiar, é certo de que eventual contrato de convivência sobre a questão deva corresponder à realidade dos fatos. Ressaltou que, em havendo discrepância entre o contrato e os fatos, não haveria dúvidas que deveria ser privilegiado como os fatos se deram na realidade.

Ademais, destacou que:

Efetivamente, pretender que os conviventes, antes mesmo da constituição da união estável, formalizem o regime de bens (diverso do legal) – que possivelmente esteja, em tese, acordado e faticamente vigente entre eles desde o início da convivência – é olvidar o modo como as relações convivenciais se dão no mundo dos fatos (...) Na prática, na grande maioria desses relacionamentos, a formalização desse regime de bens faticamente já vigente entre os companheiros não se dá imediatamente ao início da convivência. Afinal, as relações convivenciais se desenvolvem no mundo dos fatos, longe dos rigores formais, o que não pode ser utilizado como justificativa para cercear a liberdade e autonomia dos companheiros para dispor sobre seus bens já nesse momento inicial.

Em face dessas considerações, apontou o Relator que não seria possível presumir a má-fé dos conviventes no ato da elaboração do contrato de convivência. Dessa forma, concluiu que não haveria óbice legal para que a formalização do regime de bens tenha natureza meramente declaratória, com efeitos retroativos ao início da vigência da união estável. Ao final, votou no sentido de negar provimento ao recurso.

A Ministra Nancy Andrichi proferiu voto-vista em divergência do Ministro Relator, ressaltando o artigo 1.725 e afirmando que o legislador quis, como forma de estimular a formalização das relações convivenciais, prever que enquanto não for regulamentado pelos particulares o seu relacionamento, caberá à intervenção estatal na definição do regime de bens.

Desta feita, para a Ministra, a ausência de contrato escrito entre os companheiros não significa ausência de regime de bens, devendo ser aplicado o regime legal da comunhão parcial de bens, nos termos do artigo 1.725. E continuou, com fulcro nos precedentes anteriormente analisados:

15) Assim, a formalização posterior da união estável em que os conviventes dispõem sobre o regime de bens, adotando um regime distinto do normativamente previsto para a hipótese de ausência de disposição, equivale a modificação do regime de bens na constância do casamento que, na esteira da uníssona jurisprudência desta Corte, produz efeitos *ex nunc* (REsp 1.300.036/MT). 16) Em se tratando de circunstâncias claramente equiparáveis, não se deve, no particular, conferir à união estável disciplina distinta do casamento, em atenção, inclusive, ao entendimento de que 'não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento' (REsp 1.383.624/MG).

Importante destacar que a Ministra revisitou seu posicionamento anterior, firmado no bojo do REsp 1.597.675/SP, para aderir ao entendimento majoritário da jurisprudência no sentido de que, enquanto não regulamentada, a união estável deve ser regida pelo regime legal de comunhão parcial de bens, sendo certo de que eventual declaração posterior com regime diverso possui efeitos apenas prospectivos.

O Ministro Moura Ribeiro, ao acompanhar a divergência instaurada, fundamentou que acompanhar o Ministro Relator em seu voto seria conferir mais benefícios e direitos à união estável do que ao casamento. Para o Ministro, deve ser aplicado o artigo 1.725 do Código Civil para o período anterior à edição do instrumento público. Ao final, concluiu que a escritura pública objeto da lide modificou o regime anterior, que no silêncio das partes, era o da comunhão parcial de bens, não podendo ter efeitos retroativos.

Por fim, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas também proferiu voto-vista para divergir do Relator, fundamentando que, quando os companheiros não formalizam seu relacionamento, eles estão delegando ao Estado a escolha do regime de bens a ser aplicado.

Ao final, por maioria, a Terceira Turma do STJ deu parcial provimento ao recurso especial.

Em sendo o último julgado a ser analisado, datado do ano de 2021, é possível observar que, embora não tenha equiparado propriamente um dispositivo ou um efeito do casamento para a união estável, o STJ manteve seu posicionamento de não conferir mais vantagens ou desvantagens entre um e outro instituto e demonstrando uma extensa preocupação com o princípio da igualdade nas relações familiares.

Apesar do Ministro Relator ressaltar a importância de observar a autonomia das partes no momento da declaração bem como não presumir a existência de má-fé, os demais Ministros não trouxeram maiores considerações sobre o tema, atendo-se apenas ao fato de que, se para o casamento é exigido autorização judicial para modificação do regime de bens, não seria possível permitir para a união estável apenas a elaboração de uma escritura pública com efeitos retroativos.

5 A NOVA REALIDADE: AINDA É POSSÍVEL FALAR EM LIBERDADE NA ESCOLHA DO MODELO JURÍDICO CONJUGAL?

A liberdade no direito de família, ramo do direito privado, não é, *de per se*, uma novidade em nosso ordenamento jurídico. No entanto, conforme visto, falar em liberdade no momento da escolha do regime jurídico conjugal é relativamente recente, sendo uma consequência da positivação da união estável como entidade familiar ao lado do casamento com a Constituição de 1988.

Ante a ausência de conceitos, no período entre 1988 até a promulgação do Código Civil de 2002, foi necessário que fosse construído um entendimento do que viria a ser a união estável, quais seus requisitos e consequências jurídicas, sendo promulgadas duas leis específicas para dispor sobre a matéria.

Com a vigência do CC/2002, pode-se observar a intenção do legislador de manter o casamento e a união estável como institutos jurídicos diferentes, com vários efeitos jurídicos distintos. Cumpre ressaltar que o CC/2002 não cuidou de reproduzir todas as disposições já constantes nas leis específicas sobre a união estável, sendo alvo de consideráveis críticas, a exemplo da estipulação do regime sucessório para os companheiros, o qual era bastante diferente da legislação que se encontrava em vigor à época.

Outrossim, considerando o desenvolver histórico da união estável até o momento de sua positivação, período em que ela era marginalizada pelo direito, tratando-se, muitas vezes, de forma indiscriminada tanto os companheiros como os concubinos, observa-se que há uma intensa preocupação na jurisprudência brasileira em não fazer da união estável uma família “menor”, abaixo ou quiçá inferior ao casamento, tendo-se sempre em mente a proteção ao princípio da igualdade das entidades familiares²⁵⁷.

Em face das polêmicas e discussões, coube ao judiciário constantemente se debruçar sobre aspectos envolvendo a união estável, com a intenção de buscar soluções imediatas para algumas dessas celeumas.

²⁵⁷ Para Zeno Veloso “Diante do estágio cultural, social e jurídico em que nos encontramos, não se pode admitir distinções substanciais entre as famílias – sobretudo se isto vai implicar discriminação, redução, preconceito - apenas pela circunstância de uma delas ter sido fundada numa solenidade – o casamento – e a outra redundar de uma escolha consciente, informal, de uma conduta prolongada no tempo. Diante de uma nova ordem constitucional implantada em nosso país em 1988, que em muitos aspectos representou uma verdadeira revolução dos valores então estabelecidos e que se desenvolveram com a legislação posterior, e com uma jurisprudência progressista, evoluída, não tem nenhum sentido determinar diversidade ou dessemelhança essencial entre as famílias, nos efeitos que devem produzir, somente considerando a origem ou o modelo de sua criação. Não se pode enaltecer ou privilegiar uma espécie de entidade familiar em desprestígio ou diminuição de outra” *In*: VELOSO, op. cit., 2019., p. 319.

Nesse sentido, muitas das distinções envolvendo a união estável e o casamento foram interpretadas pelo judiciário com vistas a afastar qualquer distinção que pudesse, de algum modo, trazer maiores “vantagens” ou “desvantagens” de um instituto sobre o outro.

Diante desta nova realidade, com as constantes equiparações dos efeitos jurídicos entre casamento e união estável realizadas pelos tribunais superiores, indaga-se: ainda há espaço para a liberdade dos casais no momento da escolha do regime jurídico conjugal? Existe, ainda, diferença, na prática, entre casamento e união estável que justifique opção dos casais por esta ou aquela entidade familiar? Estar-se-ia, agora, a escolha dos casais limitada apenas ao modo de constituição e dissolução da entidade familiar conjugal?

5.1 IGUALDADE x LIBERDADE: ESTAMOS FALANDO DE PROTEÇÃO OU INTERVENÇÃO DO ESTADO?

A análise da construção do entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores acerca dos efeitos da união estável no ordenamento jurídico brasileiro é crucial para se compreender se estamos falando em proteção ou intervenção do Estado nas entidades familiares conjugais.

Ao longo dos julgados analisados no presente trabalho, pode-se observar uma intensa preocupação dos tribunais superiores em atender ao princípio da igualdade nas relações familiares, sob o argumento de que não pode haver distinção entre o casamento e a união estável, sob pena de uma ficar mais vantajosa do que a outra. Por outro lado, não se vislumbrou, nos acórdãos estudados, maiores considerações ou preocupações com as consequências destas decisões, quando considerado o princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal.

Neste ponto, questiona-se: a constante proteção do princípio da igualdade nas relações familiares não estaria mitigando severamente o princípio da liberdade de escolha da entidade familiar conjugal?

Mário Luiz Delgado, já em 2016, demonstrava preocupação com o desenrolar do entendimento jurisprudencial sobre a união estável e a constante equiparação de seus efeitos ao do casamento, a saber:

A orientação jurisprudencial e doutrinária pelo igualitarismo das entidades familiares está se sobrepondo à própria liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente por não desejarem se submeter ao regime formal do casamento, o que resulta, em última análise, tornar ineficaz a parte final do §3º do art. 226 da CF/88, que impôs ao legislador infraconstitucional facilitar a conversão da união estável em casamento. Não compete ao legislador, nem muito menos à jurisprudência,

regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a união estável em casamento contra a vontade dos conviventes, aos quais estar-se-ia impondo um verdadeiro “casamento forçado”²⁵⁸.

O conflito entre princípios não deve ser resolvido na regra “tudo ou nada”, devendo-se buscar a ponderação entre os princípios jurídicos com a finalidade de fazê-los coexistir no mundo jurídico, sendo certo que, a depender do caso, um ou outro princípio poderá ter mais força em detrimento do outro²⁵⁹.

Todavia, o que se observou é que não houve qualquer ponderação entre os princípios, mas, em verdade, a análise apenas sob a ótica do princípio da igualdade: exceto pelo voto do Ministro Barroso, Relator da decisão que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, não foi possível observar, nos demais acórdãos analisados ao longo do terceiro capítulo, que equipararam os efeitos do casamento e da união estável, quaisquer digressões acerca do princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar.

Conforme visto ao longo do primeiro capítulo, a liberdade é um princípio do direito de família tal qual o princípio da igualdade e, tratando mais especificamente da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal, foi visto que esta tem intrínseca relação com o desenvolvimento da união estável no direito brasileiro.

Analisar as questões envolvendo a união estável sob a perspectiva do princípio da liberdade é crucial, posto que, para além de ser também princípio do direito de família, o qual não pode ser anulado em detrimento de outros princípios, novos questionamentos exurgem quando se analisam as problemáticas levando em consideração a liberdade dos casais.

A título de exemplo, a partir da leitura dos acórdãos acerca da possível retroatividade dos efeitos jurídicos da declaração de união estável em que se estabelece um regime de bens diverso do previsto no art. 1.725 do CC/2002, quando se analisa a questão à luz do princípio da liberdade no direito de família, pode-se extrair questionamentos importantes que não foram consideradas nos votos dos Ministros: em sendo a união estável um relacionamento de fato que se constitui ao longo do tempo e, em sendo certo de que todas as declarações de união estável elaboradas em cartório possuem efeitos retroativos no tocante à delimitação do seu marco temporal de constituição, seria possível concluir que toda e qualquer união estável se iniciará com o regime de comunhão parcial de bens e só após eventual registro cartorário é que poderá ser adotado um regime diverso? Em sendo um “regime legal”, de acordo com o entendimento

²⁵⁸ DELGADO, Mário Luiz. O Paradoxo da união estável: um casamento forçado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. A. 2. n. 1, 2016. p. 1351.

²⁵⁹ Sobre ponderação de princípios, *vide*: ALEXY, op. cit., 2014.

do STJ, haveria liberdade para os casais que, em sua realidade fática, convivem em união estável sob o regime de separação absoluta dos bens, desde o seu início, mas que não registraram em cartório? Seria possível que os elementos probatórios, a realidade fática, afastem a imposição desse “regime legal”? Ou seria, então, a hipótese de, a partir de agora, as declarações de união estável passarem a ter efeitos constitutivos, tais quais o casamento, para estabelecer o marco inicial da presença dos elementos previstos no artigo 1.723 do CC/2002, bem como a opção do regime de bens diverso da comunhão parcial de bens?

As perguntas postas acima não são de fácil resposta e apenas demonstram que as eventuais “soluções” encontradas pelos tribunais superiores brasileiros trazem consigo, em verdade, ainda mais problemas a serem resolvidos.

Observa-se, portanto, que as celeumas envolvendo a união estável não podem ser analisadas de maneira simplificada sob o prisma de um único princípio apenas, devendo haver uma ponderação e uma compreensão mais aprofundada do problema e seus reflexos no direito de família brasileiro.

Isto porque, do modo como vem sendo resolvido atualmente, vislumbra-se a mitigação do princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal, haja vista que a recorrência ao princípio da igualdade leva à equiparação dos efeitos jurídicos do casamento e da união estável, esvaziando de sentido a existência de dois institutos jurídicos distintos, na medida em que estão tendo seus efeitos totalmente equiparados.

Não se olvida que muitas questões foram levadas ao judiciário com o fito de coibir injustiças que ocorreriam em determinadas situações fáticas, a exemplo do caso concreto que fora levado ao STF no julgamento da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002.

No entanto, aqui reside a utopia da presente dissertação: se a população tivesse o devido acesso e conhecimento do direito ora vigente, muitas das injustiças ocorridas no mundo dos fatos poderiam ser resolvidas por ele, sem que houvesse a necessidade de se recorrer incessantemente ao princípio da igualdade para tanto. Exemplificando: no julgamento do RE nº 878.694/MG, que culminou com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, os irmãos do *de cuius* que litigavam com a companheira não eram herdeiros necessários, consoante o art. 1.825 do CC/2002. Desta feita, se devidamente utilizado o direito ora posto, com todas as suas ferramentas possíveis, poder-se-ia ter realizado um testamento em que fosse deixada a totalidade (ou uma maior parte) da herança para a companheira.

Talvez a melhor forma para conciliar o princípio da igualdade nas relações familiares e, ao mesmo tempo, o da liberdade na escolha da entidade familiar conjugal resida no devido

acesso à informação acerca das possibilidades de constituição das entidades familiares conjugais, para que os casais exerçam efetivamente a sua liberdade de escolha, mediante a real consciência das consequências jurídicas que podem decorrer da sua escolha por um ou outro tipo de arranjo familiar conjugal.

A nosso ver, a realidade posta hoje, de constante equiparação dos efeitos da união estável e do casamento, sem que os casais tenham plena ciência dos seus direitos e das suas distinções e sem que haja qualquer tipo de critério objetivo para que haja tais equalizações não se trata de uma forma de proteção, mas sim de intervenção do Estado nas relações privadas.

Isto porque, conforme visto, equiparar os efeitos da união estável ao do casamento pode proteger algumas situações jurídicas e, ao mesmo tempo, desproteger os particulares que optaram conscientemente por constituir àquela união livre, sem tantas consequências jurídicas quando comparada ao casamento.

Nesse sentido, cumpre ressaltar a opinião de Rodrigo da Cunha Pereira, para quem a ausência de regulamentação da união estável não significa a desproteção estatal para esses relacionamentos familiares.

Não se deve confundir, entretanto, a não regulamentação com a não proteção do Estado e seu reconhecimento enquanto forma de família, que tem consequências jurídicas pessoais e patrimoniais. União estável ou união livre, como o próprio nome indica, é aquela livre de regulamentação, registros e controles oficiais. Regulamentá-la seria quase transformá-la em casamento, nos moldes e termos que o Estado determinar. Essa tendência é, na verdade, uma posição moralista equivocada, pois seria o mesmo que não a aceitar como outra forma de família²⁶⁰.

Indo além, outro argumento em favor de que as intervenções estatais com o propósito de equiparar os efeitos da união estável e do casamento seriam hipóteses de proteção do Estado demonstrou-se estar superado: a interpretação do art. 226, §3º da CF/88, ao dispor que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento não se trata de uma predileção pelo casamento em comparação à união estável.

Com efeito, conforme visto ao longo dos capítulos, a união estável é um ato-fato jurídico que independe de manifestação expressa de vontade para que se constitua, enquanto o casamento é um negócio jurídico especial de direito de família e solene.

Com esses conceitos em mente, é possível que um relacionamento constituído com base na realidade fática seja convertido em um negócio jurídico solene, por diversos motivos, seja de cunho pessoal ou em prol da segurança jurídica.

²⁶⁰ PEREIRA, op. cit., 2020. p. 190.

Por outro lado, a recíproca não seria verdadeira – não faria qualquer sentido de ser. Não poderia a lei facilitar a conversão de um casamento em uma união estável, na medida em que esta última nada precisa do Estado para que se constitua. Bastaria que o casal realizasse o divórcio e permanecesse se relacionando com publicidade, continuidade, durabilidade e com o escopo de constituir – ou nesse caso – manter a família, para que a união estável se constituísse.

Dessa forma, o argumento de que houve uma predileção do casamento à união estável com base na disposição constante no artigo 226, §3º da CF/88 não é mais sustentável, sendo pacífico que se tratou de um comando destinado ao legislador com o intuito de reforçar a liberdade dos casais no momento da escolha da sua entidade familiar conjugal²⁶¹: os casais podem optar, indistintamente e a qualquer momento²⁶², por trasmudar seu relacionamento, de acordo com suas vontades pessoais e seus interesses, seja do casamento para união estável ou de uma união estável para o casamento, estimulando-se, no caso desta última, uma facilidade na alteração da entidade familiar pelos casais²⁶³.

Ainda considerando os julgados estudados ao longo do terceiro capítulo, extrai-se que a única uniformidade entre eles para equiparar os efeitos do casamento e da união estável foi a observância ao princípio da igualdade. Por outro lado, pode-se verificar que, em alguns casos, foi utilizada fundamentação completamente diversa para chegar ao mesmo fim – de identidade dos efeitos entre os institutos jurídicos – o que demonstra uma ausência de coerência

²⁶¹ Para Mário Luiz Delgado “o texto constitucional, ao reconhecer a união estável como entidade familiar deixou claro que o fez apenas para fins de proteção do Estado (art. 226, §3º, CF/88), não significando isto equiparação com o casamento, tanto que o constituinte manifestou, expressamente, o desejo que a lei facilite a sua conversão em matrimônio. Por óbvio não se converte o que já é igual e a Constituição não contém termos ou expressões inúteis, máxima exegética que convém lembrar. Outrossim, não haveria qualquer interesse em se converter a união estável em casamento se àquela fossem conferidos todos os efeitos próprios do matrimônio, devendo o legislador atentar para este fato, sob pena de, ao aproximar em demasia os dois institutos, desestimular a conversão de um em outro, esvaziando o sentido da norma constitucional e incorrendo em velada inconstitucionalidade”. *In*: DELGADO, op. cit., 2016. p. 1359.

²⁶² Com efeito, não havendo mais lapso temporal mínimo para realização do divórcio, não há empecilhos para que os cônjuges optem por, a qualquer momento, dissolver aquela relação conjugal e constituir uma união estável. Entretanto, há de se destacar que, em havendo alteração na escolha do regime de bens, deve-se realizar a meação, a fim de resguardar os direitos outrora adquiridos bem como proteger terceiros de boa-fé.

²⁶³ Embora o dispositivo constitucional determine que deve haver uma facilitação na conversão da união estável em casamento, na prática esta realidade não é observada. Com efeito, o artigo 1.726 do CC/2002 estabelece que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Zeno Veloso teceu críticas ao dispositivo, a saber: “como foi redigido o art. 1.726, lamento concluir que continua mal resolvida a questão da conversão da união estável em casamento. Em vez de facilitar, simplificar ou favorecer a conversão, este artigo dificulta, atrapalha ou complica a transformação da união estável em casamento”. *In*: VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Volume XVII. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. p. 154. Maria Berenice Dias, por sua vez, entende que o dispositivo é inconstitucional: “Ora, exigir a interferência judicial não é facilitar. É burocratizar. É onerar. Esse procedimento, às claras, em nada facilita a conversão. Ao contrário, a dificulta. Tanto é assim que esse dispositivo vem sendo considerado inconstitucional”. *In*: DIAS, op. cit., 2020. p. 607.

metodológica dos tribunais superiores e, conseqüentemente, um clima de insegurança jurídica envolvendo a união estável nos dias atuais.

Neste ponto, é importante criticar a tendência brasileira de reprodução incessante de acórdãos sem maiores digressões sobre o seu inteiro teor e as razões que foram utilizadas para chegar àquela conclusão.

Isso dado que, na medida em que o entendimento jurisprudencial foi se construindo sobre a união estável e o casamento, não cuidou os tribunais superiores de revisitar seus posicionamentos, com a finalidade de compatibilizá-los com a sua nova interpretação. Com efeito, embora a conclusão possa permanecer a mesma, acredita-se que, em alguns casos, a *ratio decidendi* seria porventura diversa.

Por exemplo, o REsp nº 1.090.722/SP que equiparou o regime obrigatório de separação de legal de bens para os companheiros maiores de 70 anos foi fundamentado na impossibilidade de a união estável ter vantagens quando comparada ao casamento, na medida em que haveria uma predileção no ordenamento jurídico brasileiro por este último, nos termos do art. 226, §3º da CF/88, e eventuais vantagens iriam de encontro à intenção do Constituinte. Sendo assim, verifica-se que a decisão, em verdade, buscava diminuir a união estável para privilegiar o casamento, por ser essa, no entender deles, a preferência do legislador.

Não obstante, consoante observado, o entendimento dos tribunais superiores sobre a interpretação do artigo 226, §3º da CF/88 já não caminha no mesmo sentido. Atualmente, compreende-se que a união estável e o casamento são entidades familiares que merecem tratamento igualitário, não havendo predileção de uma em detrimento da outra.

Acredita-se, então, que, caso fosse revisitado o entendimento acima, embora a compreensão final de que deve ser aplicado para os companheiros maiores de 70 anos o regime de separação obrigatória de bens permanecesse, provavelmente a fundamentação a ser utilizada seria bastante diferente, não havendo necessidade de se piorar um instituto para favorecer o outro, mas sim igualá-los, em atenção ao princípio da igualdade das relações familiares.

Reforça-se, então, a crítica ora posta de que os tribunais superiores não se valem de critérios objetivos para a realização das equiparações dos efeitos dos institutos, levando a uma constante sensação de insegurança jurídica pelos particulares.

Isso dado que, a união estável, por si só, já se trata de um instituto jurídico complexo, carregado de insegurança jurídica, considerando a sua natureza de ato-fato jurídico que independe de manifestação expressa de vontade para a sua constituição. Somado a isso, a intervenção estatal na união estável, equiparando seus efeitos ao do casamento sem quaisquer

critérios objetivos, apenas com respaldo no princípio da igualdade, gera um cenário ainda mais temerário para aqueles que querem se relacionar de forma livre da ingerência estatal.

5.2 A BUSCA PELA MANUTENÇÃO DA LIBERDADE: A ELABORAÇÃO DO CONTRATO DE NAMORO

A constante equiparação dos efeitos do casamento e da união estável vem fazendo com que os particulares, buscando manter a sua liberdade, busquem meios alternativos para se blindar das eventuais intervenções estatais em seus relacionamentos amorosos, com a finalidade de que estes não sejam confundidos com uma união estável.

Com efeito, considerando a natureza de ato-fato jurídico da união estável, que independe de manifestação expressa da vontade para que se configure, está cada vez mais difícil de diferenciá-la dos namoros dos dias atuais.

Considerados os estágios anteriores ao casamento, o namoro e o noivado não são regulamentados pelo direito positivo, existindo *a priori* apenas no mundo dos fatos²⁶⁴. Apesar disso, vislumbra-se uma crescente nas demandas judiciais envolvendo essas relações factuais, a exemplo das questões envolvendo o rompimento injustificado de noivado ou da diferenciação entre o namoro supostamente qualificado e a constituição de uma união estável.

No tocante à essa última, esta distinção é de suma importância para o direito, haja vista que, caso o relacionamento seja enquadrado como uma união estável, esta será reconhecida como uma entidade familiar e terá uma série de efeitos jurídicos; e, por outro lado, se for apenas atestada a existência de um namoro, restará apenas no mundo dos fatos, sem maiores consequências jurídicas.

Regina Beatriz Tavares da Silva²⁶⁵ destaca que é no âmbito do direito em que nem sempre resta evidente a distinção entre uma situação que não gera consequências jurídicas, existindo apenas no plano afetivo e outras que possuem efeitos jurídicos relevantes, como a

²⁶⁴ Destaca Rodrigo da Cunha Pereira que “o namoro pode ser indício de prova para algumas situações jurídicas. Por exemplo, somado à negativa de realização do exame de DNA pode acarretar a declaração de suposta paternidade. Além disso, pode indicar o *fumus bonis iuris* necessário à antecipação de tutela no pedido de alimentos gravídicos (Lei nº 11.804/2008). A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) também é aplicável nos casos de namoro”. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 205.

²⁶⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Namoro e união estável: confusões. **Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS**, 25 fev.2016. Disponível em: <https://adfas.org.br/namoro-e-uniao-estavel-confusoes>. Acesso em: 20 mai. 2022.

união estável. Nesse sentido, observa Rodrigo da Cunha Pereira²⁶⁶ que grande parte dos processos levados aos tribunais brasileiros que envolvem a união estável têm como principal discussão diferenciar eventual namoro de uma união estável.

Isso visto que a realidade dos namoros se transformou no decorrer dos anos. Se outrora havia uma clara distinção de um namoro para uma união estável, atualmente se verifica que os namoros estão cada vez mais intensos, com os casais realizando viagens juntos, frequentando os ambientes familiares, dormindo juntos, havendo uma ampla publicidade e continuidade²⁶⁷.

Diante desta situação, parcela da doutrina e jurisprudência adotou uma nova categoria do namoro em comparação à união estável: o dito “namoro qualificado”. Na doutrina, o uso mais remoto desta expressão deu-se, pelo que consta, em 2007, quando Maria Aracy Menezes da Costa²⁶⁸ o definiu como:

“mais do que um namoro e menos do que um casamento ou união estável e sem se revestir das características do noivado; sendo a relação amorosa adulta, madura consciente, em que o par opta por não assumir nenhum compromisso com o outro, apesar da publicidade da relação”.

Podemos observar que há uma dificuldade em definir o “namoro qualificado”²⁶⁹, sendo utilizada uma técnica de exclusão: são relacionamentos afetivos que – apesar de possuírem alguns elementos da união estável – não a configuram por ausência do seu elemento subjetivo – o escopo de constituir família²⁷⁰.

²⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 205.

²⁶⁷ Elucida Zeno Veloso: “Nem sempre é fácil distinguir essa situação de outra, o namoro, que também se apresenta informalmente no meio social. Numa feição moderna, aberta, liberal, especialmente se entre pessoas, adultas, maduras, que já vêm de relacionamentos anteriores (alguns bem sucedidos, outros nem tanto), eventualmente com filhos dessas uniões pretéritas, o namoro implica, igualmente, convivência íntima - inclusive, sexual -, os namorados coabitam, frequentam as respectivas casas, comparecem a eventos sociais, viajam juntos, demonstram para os de seu meio social ou profissional que entre os dois há uma afetividade, um relacionamento amoroso. In: VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável? **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, 20 jul. 2016. Disponível em: www.ibdfam.org.br/noticias/6060/%C3%89+Namoro+ou+Uni%C3%A3o+Est%C3%A1vel%3F. Acesso em: 20 mai. 2022.

²⁶⁸ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Namoro qualificado: a autonomia da vontade nas relações amorosas. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org) - **Direito de família diversidade e multidisciplinariedade**, Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 166/167.

²⁶⁹ Maria Berenice Dias critica o uso da expressão namoro qualificado: “na tentativa desconfigurar a união estável, blindar patrimônio e excluir direitos, possuiu-se a falar em namoro qualificado, expressão horrível, que não dispõe de qualquer conteúdo jurídico”. In: DIAS, op. cit., 2020. p. 603.

²⁷⁰ Citando Maria Aracy Menezes da Costa, explica Rolf Madaleno que: “Contudo, nenhum deles consta como dependente do outro na previdência social, mantêm suas contas bancárias individuais e seus próprios endereços residenciais, não tendo o ânimo de formar família e tampouco desejam ter filhos em comum, e, portanto, embora se trate até de um namoro prolongado e com congresso íntimo, não induz ao estabelecimento de uma união estável”. In: MADALENO, op. cit., 2020. p. 1984.

A dificuldade de conceituação da expressão “namoro qualificado” vai, entretanto, além. Isto porque, afora utilizar-se de uma técnica de exclusão, não foi possível encontrar muitas definições do que seria, então, o namoro “não qualificado” ou “namoro simples” atualmente²⁷¹. Será mesmo que estamos diante de um namoro dito qualificado ou, em verdade, será que a noção de namoro se transformou ao longo dos anos, à medida que os relacionamentos amorosos se tornaram mais intensos nos dias atuais?

Nestes relacionamentos afetivos, é possível verificar a presença da maioria dos elementos caracterizadores da união estável, sendo, na prática, uma relação madura e duradoura, entre pessoas maiores e capazes, com convivência contínua do casal, mas sem objetivo de constituir família²⁷². Assim, observa-se que a principal diferença entre a união estável e o dito namoro qualificado reside na presença – ou ausência – da *affectio maritalis*, sendo esta uma distinção de ordem subjetiva.

Essa distinção torna-se ainda mais complexa na medida em que a Súmula 382 do STF afirma ser desnecessária a coabitação para configuração da união estável. Isso uma vez que nos namoros também, via de regra, não há a coabitação do casal, residindo cada um na casa dos seus respectivos familiares.

Diante desse cenário, há uma confusão, de ordem prática, em diferenciar esses relacionamentos, tendo em vista a proximidade dos seus elementos caracterizadores. É fundamental distinguir, no caso concreto, se estar-se diante de um mero namoro ou se há ali uma entidade familiar. Para isso, é preciso entender que no namoro há planos de constituição de família, porém se trata de um projeto futuro, enquanto na união estável a intenção de constituir família já está presente²⁷³.

²⁷¹ Apenas encontramos referência a um namoro clássico, em contraponto ao dito namoro qualificado, na obra de Rolf Madaleno, que, citando Manuel J. Pires Santos, afirma que no namoro clássico, o “envolvimento do casal é recente, baseado em pouco ou nenhum conhecimento um do outro, tratando-se em realidade, de um período experimental, que, posteriormente, nas gerações que ficaram para trás, era substituído pelo noivado, cujo projeto de vida, já mais elaborado e estabilizado, buscava o futuro do amor maduro e emocionalmente equilibrado”. *In*: MADALENO, op. cit., 2020. p. 1983.

²⁷² MALUF, Carlos Alberto Dabus; Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 371/374.

²⁷³ É importante destacar a opinião de Regina Beatriz Tavares da Silva, ao atualizar a obra de Washington de Barros Monteiro, para quem as relações de caráter meramente afetivo não configuram união estável. Isto porque a união estável, que é manifestação aparente do casamento, caracteriza-se pela comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, pela constituição de uma família. *In*: MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – v. 2: direito de família**. 38 ed e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31. Nesse sentido, Rolf Madaleno entende que a união estável exige pressupostos mais concretos para sua configuração, não bastando o mero namoro, por mais firme ou qualificado que se apresente. Isto porque, para o autor, apenas a convivência como casal estável, de comunhão plena e vontade de constituir família concretiza a união estável, sendo o namoro uma mera projeção que ainda não se desenvolveu e pode até não evoluir como entidade familiar. *In*: MADALENO, op. cit., 2020. p. 1984.

Considerando a incerteza jurídica envolvendo a união estável e os namoros, os particulares, visando a proteger seus relacionamentos e patrimônios, vêm recorrendo ao contrato de namoro, com o principal intuito de deixar claro que aquele relacionamento não é uma união estável, não estando presente o escopo de constituir família. Com isso, pretende o casal blindar o patrimônio particular de cada um, tendo em vista as consequências jurídicas e patrimoniais de um eventual reconhecimento de união estável.

Definiu Marília Pedrosa Xavier²⁷⁴ o contrato de namoro como um documento escrito onde as partes que estão em um relacionamento afetivo acordam mutuamente que não há entre eles objetivo de constituir família. Para Maria Berenice Dias²⁷⁵, esses contratos têm por escopo a declaração da ausência de comprometimento recíproco e incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro. Por seu turno, Zeno Veloso²⁷⁶ afirma que se trata de uma declaração bilateral entre pessoas maiores e capazes, de boa-fé, em que as partes confessam que estão envolvidas em um relacionamento amoroso sem o objetivo de estabelecer uma comunhão de vida, sem finalidade de criar uma entidade familiar e, portanto, não tem qualquer efeito de ordem patrimonial ou conteúdo econômico.

Regina Beatriz Tavares, por sua vez, entende que este instrumento jurídico foi equivocadamente chamado de contrato, mas que este não é, tendo em vista que um contrato cria, modifica e extingue direitos e, em uma relação de namoro não há nenhum direito ou obrigação, na medida em que este se limita a vida social, sem repercussões jurídicas²⁷⁷. Desta forma, o ato pelo qual duas pessoas que só namoram e ainda não constituíram família é uma mera declaração, a qual pode ser realizada por instrumento público ou particular²⁷⁸.

Assim, compactuando com o entendimento da autora, acreditamos que melhor seria, então, falar em “declaração de namoro”, a qual seria um documento que atestaria a situação fática das partes no momento da sua elaboração, bem como a manifestação da vontade destes de que naquele relacionamento não há o escopo de constituir família.

Superada esta questão, é necessário também indagar se esse instrumento jurídico seria eficaz em nosso ordenamento jurídico. Isto porque, como ele atesta uma realidade fática de um

²⁷⁴ XAVIER, Marília Pedrosa. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.102/103.

²⁷⁵ DIAS, op. cit., 2020. p. 602.

²⁷⁶ VELOSO, op. cit., 2019. p. 321.

²⁷⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Contrato de Namoro. **Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade e Advogados**, [s.d.]. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/contrato-de-namoro/>. Acesso em: 12 de nov. 2018.

²⁷⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O mal falado contrato de namoro. **Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade e Advogados**, [s.d.]. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/o-mal-falado-contrato-de-namoro/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

determinado momento, ele traz consigo alguns problemas a saber: qual a durabilidade desse “contrato”? Um “contrato” de namoro firmado hoje produz efeitos por quanto tempo? Devem as partes renovar as suas manifestações de vontade com que periodicidade?

Silvio Venosa²⁷⁹ não admite que os contratos de namoro tenham efeitos jurídicos, tendo em vista que a situação fática se altera com muita facilidade e seria necessária uma série de amplas alterações nesses escritos para espelhar a realidade de cada momento.

Para Maria Berenice Dias²⁸⁰, a única possibilidade é os namorados firmarem uma declaração referente à situação de ordem patrimonial presente e pretérita, não podendo afirmar a incomunicabilidade futura, pois se corre o risco de o relacionamento virar fonte de enriquecimento sem causa.

Regina Beatriz Tavares da Silva²⁸¹ afirma, por sua vez, que a declaração de namoro é lícita e válida em nosso ordenamento jurídico, desde que prove o que efetivamente existe, ou seja, relação de afeto sem consequências jurídicas. Para a autora, essa declaração somente pode ser tida como ilícita quando falsear a verdadeira relação que existe entre o casal.

Por outro lado, Marília Xavier²⁸² defende que não há razão justificável para previamente imputar às partes o ânimo de fraudar a lei e lembra que no direito brasileiro vigora o princípio da presunção da inocência.

A realidade dos fatos se altera com muito mais velocidade do que a realidade jurídica, razão pela qual uma relação de namoro hoje pode transformar-se em uma união estável em um “piscar de olhos”, sendo difícil visualizar esta declaração de namoro com efeitos futuros. Destarte, não se trata de presumir a má-fé dos particulares, mas reconhecer a limitação deste instrumento jurídico.

Além disto, do ponto de vista abstrato, pode-se concluir que um negócio jurídico, por si só, não possui o condão de afastar a configuração de um ato-fato jurídico, tendo em vista que este último pode ocorrer mesmo sem a manifestação expressa da vontade.

Transladando a teoria para a hipótese fática ora debatida, e sendo a união estável um ato-fato jurídico, é forçoso concluir que o “contrato de namoro”, por ser supostamente um

²⁷⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 444.

²⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. op. cit., 2020. p. 602.

²⁸¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Contrato de Namoro. **Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade e Advogados**, [s.d]. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/contrato-de-namoro/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

²⁸² XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 104.

negócio jurídico, não tem a capacidade de afastar, por si só, a eventual constituição de uma união estável²⁸³.

Tal visto que a união estável é uma relação fática que independe de manifestação expressa de vontade para que seja configurada. Dessarte, basta que estejam presentes os seus elementos constituidores para que seja reconhecida a união estável, ainda que exista um “contrato” de namoro elaborado pelas partes.

Outrossim, urge ressaltar que os relacionamentos estão em constante transformação e adaptação na realidade das partes, razão pela qual aquele instrumento não consegue acompanhar a realidade fática dos casais que podem trasmudar seu relacionamento de um namoro para uma união estável, sem necessidade de qualquer formalidade.

Pode-se concluir, então, que, embora o “contrato de namoro” seja um instrumento jurídico admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, ele não é apto para obter o resultado a que se propõe: afastar a configuração de uma união estável.

Observa-se que os particulares permanecem desprotegidos diante do ordenamento jurídico brasileiro e da qualificação da união estável como uma relação fática que independe de documento formal ou coabitação para que seja configurada, sendo certo de que a declaração de namoro apenas pode servir como elemento probatório em eventual ação de reconhecimento de união estável.

Imperioso destacar, ainda, a opinião de Rolf Madaleno²⁸⁴, para quem o contrato de namoro não possui nenhuma validade jurídica, tendo em vista que a configuração da união estável não decorre do contrato, mas sim do comportamento socioafetivo que o casal desenvolver. Para o autor, melhor seria que os casais fizessem logo um contrato de convivência modelado em regime de completa separação de bens do que realizar um contrato de namoro para proteger o seu patrimônio individual.

A posição de Madaleno, à primeira vista, parece ser bastante coerente, tendo em vista que traz mais segurança jurídica para as partes firmar logo uma declaração de união estável com separação absoluta de bens do que deixar a cargo do Estado interpretar e classificar a sua

²⁸³ Nesse sentido, para Silvio Venosa, não é pelo fato de existir uma escritura de convivência entre os conviventes em união estável que esta se converte em negócio jurídico. Isto porque, o simples fato de existir um documento não atesta que o casal efetivamente tem conduta de marido e mulher, sendo apenas a exterioridade social que pode demonstrar isso. *In*: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Por seu turno, entende Paulo Lobo que os contratos de namoro teriam o efeito desejado se a intenção de constituir união estável fosse requisito para a sua existência. *In*: LOBO, Paulo. *op. cit.*, 2021. Já Pablo Stolze afirma que a união estável é um fato da vida e se configurada, não será uma simples declaração negocial de vontade um instrumento hábil para afastar o regramento de ordem pública que rege esse tipo de entidade familiar. *In*: GAGLIANO, *op. cit.*, 2017.

²⁸⁴ MADALENO, *op.cit.*, 2017. p. 1698.

relação afetiva, em uma eventual ação de reconhecimento e dissolução de união estável ou quiçá uma ação de declaração de união estável *post mortem*.

Apesar disso, considerando as equiparações dos efeitos jurídicos da união estável e do casamento realizadas pelos tribunais superiores, essa declaração de convivência pode trazer consequências jurídicas bastante severas para quem, em verdade, desejava apenas namorar, sem qualquer intervenção estatal ou consequência jurídica.

Isto posto que, considerando, a título de exemplo, a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, a realização de uma declaração deste cunho alteraria significativamente a ordem de vocação hereditária dos companheiros, bem como – se levarmos em consideração a corrente doutrinária que defende que o companheiro é herdeiro necessário – importaria em significativa limitação da disposição do seu patrimônio particular para fins sucessórios.

Deste modo, realizar um contrato de convivência com separação absoluta de bens também não parece ser a melhor opção, tendo em vista que aquele casal que queria a liberdade em seu relacionamento, findará “casado de fato” para o Estado.

5.3 ENTIDADES FAMILIARES CONJUGAIS E A POSSIBILIDADE DE EFEITOS JURÍDICOS DISTINTOS

Ao longo do julgamento do Recurso nº 878.694/MG, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, pode-se observar uma série de argumentos variados com o intuito de defender a necessidade de equiparação do regime sucessório entre cônjuges e companheiros.

Dentre esses argumentos, fundamentou-se que, com o propósito de justificar a igualdade dos efeitos das entidades familiares conjugais, não seria razoável prever efeitos jurídicos distintos para suportes fáticos iguais, qual seja: a relação conjugal entre duas pessoas.

Ao longo do segundo capítulo, foi possível observar que casamento e união estável, embora se tratem de entidades familiares conjugais, não possuem o mesmo suporte fático ou a mesma natureza jurídica. Com efeito, os suportes fáticos do casamento e da união estável não se limitam ao simples fato de serem relacionamentos amorosos entre casais, tendo em vista que, se assim o fossem, o namoro e o noivado também seriam considerados de entidades familiares.

Enquanto o casamento é um contrato especial de direito de família, tratando-se de um negócio jurídico formal e solene, decomposto em atos de habilitação, celebração, declaração de

vontade e registro público; a união estável é um ato-fato jurídico, configurada pela união de duas pessoas, com convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família²⁸⁵.

Em teoria, é plenamente admissível a posição adotada pelo Código Civil de que para institutos jurídicos distintos – seja em seu suporte fático quanto em sua natureza jurídica – possa-se prever efeitos jurídicos diferenciados.

Dessa maneira, não se pode genericamente afirmar que se tratam de situações fáticas iguais e que, por isso, demandam o mesmo tratamento jurídico. Ambas possuem várias distinções na sua própria concepção que, por si só, não permitem que se haja o regramento totalmente igualitário entre ambas²⁸⁶.

Por outro lado, não se pode olvidar as condições em que o CC/2002 fora aprovado: um projeto que datava de meados dos anos 1970 e que fora compatibilizado às pressas suas disposições com a nova carta constitucional com o intuito de que fosse promulgado no ano de 2002. Além disso, a união estável era um instituto jurídico relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro – na medida em que apenas foi positivada com a CF/88, sendo certo de que ainda havia diversos questionamentos sobre o instituto, que demandavam ainda mais estudos e considerações.

Considerando essas questões, reforça-se que o presente trabalho não pretende defender a qualquer custo as distinções envolvendo a união estável e o casamento previstas no Código Civil de 2002, sendo certo de que elas não são imunes a críticas. Todavia, considerando a

²⁸⁵ Sobre o assunto, Zeno Veloso sintetizou: “Para comparar, o casamento é precedido de um processo de habilitação, perante o oficial de Registro Civil, com a apresentação de documentos, lavratura de proclamas, afixação de edital, publicação obrigatória na imprensa, se houver, esclarecimento pelo oficial aos nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens, abertura de prazo para apresentação de impedimentos matrimoniais, expedição do certificado de habilitação (art. 1.525 ss), e a habilitação, após a audiência do Ministério Público, será homologada pelo juiz (art. 1.526), parecendo-me que esta homologação judicial é excessiva e vai burocratizar o processo de habilitação. Em seguida, há a celebração do casamento, com toda a publicidade, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver presidido o ato (art. 1.533) e do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro (art. 1.536), sendo a certidão do registro a prova por excelência do casamento (art. 1.543). No que toca à sua existência, pois, o casamento apresenta uma prova pré-constituída. A união estável, ao contrário, sendo sua tônica a informalidade, não é caracterizada da mesma maneira. Se o homem e a mulher vivem juntos, não é no dia seguinte, ou logo depois, que se pode dizer ou garantir que esta relação representa uma entidade familiar. Há que existir uma duração, como visto, a sucessão de fatos e de eventos, a permanência do relacionamento, a continuidade do envolvimento, a convivência *more uxório*, a notoriedade, enfim, a soma de fatores subjetivos e objetivos que, do ponto de vista jurídico, definem a situação”. *In*: VELOSO, op. cit., 2003. p. 117.

²⁸⁶ Para Mário Luiz Delgado, “a tutela estatal abrangente das entidades familiares típicas e atípicas não implica equiparação da respectiva moldura normativa, posto que em sendo diversas as suas características, imperioso reconhecer a diversidade de regimes legais, sem que se incorra no equívoco da hierarquização. Não existem famílias mais ou menos importantes, mais ou menos reconhecidas, mas, simplesmente, famílias diferentes, cada qual a seu modo, e, por isso mesmo, mais ou menos reguladas. Casamento e união estável são duas entidades familiares típicas, mas com enorme diferenciação fática e normativa”. *In*: DELGADO, op. cit., 2016. p. 1352.

realidade em que se vive nos dias atuais, em que as pessoas não possuem o pleno acesso à informação das distinções entre união estável e casamento questiona-se: até que ponto as diferenças existentes entre os institutos são viáveis e quais diferenças não são concebíveis nos dias atuais?

Neste ponto, cumpre ressaltar os argumentos utilizados pelo Ministro Relator Luis Felipe Salomão no julgamento do REsp nº 1.299.866/DF, analisado no tópico 3.5.1, que concluiu pela inaplicabilidade da outorga uxória para os companheiros.

O Ministro Luis Felipe Salomão foi um dos poucos que trouxe uma solução minimamente razoável e passível de aplicação para toda e qualquer discussão envolvendo o choque entre os efeitos da união estável e do casamento, o que não fora observado em outros votos.

Conforme visto, diferentemente do argumento de que se tratam de suportes fáticos idênticos e que, por isso, merecem ter seus efeitos totalmente equiparados, o Ministro Relator buscou distinguir que, quando consideramos a união estável e o casamento como entidades familiares, não pode haver diferenciação entre elas. Entretanto, quando se analisa sob a perspectiva da natureza jurídica, as eventuais diferenças são permitidas.

Parece bastante razoável a distinção adotada pelo Ministro: o casamento possui efeitos que decorrem intrinsecamente da sua condição de negócio jurídico solene e, por outro lado, a união estável tem algumas consequências que decorrem considerando a sua informalidade, razão pela qual necessariamente alguns efeitos jurídicos não podem ser idênticos entre eles.

Além disso, considerando a necessidade de ponderação entre princípios que porventura encontram-se em posições conflitantes, o critério adotado pelo Ministro, a nosso ver, melhor compatibiliza o princípio da igualdade e da liberdade na escolha da liberdade conjugal no direito de família brasileiro.

Isto porque, quando se considera casamento e união estável como suportes fáticos idênticos, mitiga-se severamente o princípio da liberdade no direito de família, haja vista que suportes fáticos idênticos necessariamente devem ter os mesmos efeitos jurídicos.

Por outro lado, quando se separam os efeitos dos institutos jurídicos em duas vertentes, sendo certo de que, quando se trata da união estável como entidade familiar, esta não pode ter diferenças do casamento e, quando consideradas em razão da sua natureza jurídica distinta, permite-se a diferenciação dos efeitos; respeita-se o princípio da igualdade sem macular de sobremaneira o princípio da liberdade na escolha da entidade familiar conjugal.

Para além disso, verifica-se que tal critério para equiparação – ou não – dos efeitos entre os institutos jurídicos poder-se-ia ser utilizado para basear todos os questionamentos

envolvendo a união estável e o casamento, sendo um critério muito mais objetivo e coerente, do ponto de vista metodológico, e que poderia trazer muito mais segurança jurídica para os particulares²⁸⁷.

Ao longo deste trabalho, pode-se observar, ainda, que um dos grandes argumentos em prol da extinção das distinções dos efeitos jurídicos entre o casamento e a união estável reside na seguinte questão: considerando que se tratam ambas de entidades familiares reconhecidas pela CF/88 – e superada a interpretação de que haveria uma hierarquia entre elas – não é possível admitir que elas possuam efeitos jurídicos distintos que acabem destoando-as, tornando uma “mais vantajosa do que a outra”²⁸⁸.

Qualificar os institutos jurídicos com base em vantagens e desvantagens, a nosso ver, não parece ser uma qualificação oportuna e, além de tudo, é bastante subjetiva. Isso pois, uma das consequências óbvias de se ofertar mais de uma opção, conferindo liberdade as partes no momento da escolha, implica necessariamente em ter que a realizar a escolha por um em detrimento do outro, aceitando-se as consequências da sua escolha.

Se a Constituição Federal trouxe a união estável ao lado do casamento estabelecendo-as como entidades familiares distintas, não seria razoável que esta tivesse efeitos jurídicos distintos, considerando, ao menos, a sua natureza jurídica diversa?

Conforme ressaltado ao longo do terceiro capítulo, umas das peculiaridades de ser observar o inteiro teor dos acórdãos é analisar a construção da interpretação judicial durante o julgamento. Uma das críticas que pôde ser realizada, da análise pormenorizada dos acórdãos percussores, foi a ausência de consideração da repercussão que aqueles julgamentos poderiam ter sobre a união estável, considerada em sua totalidade.

Nesse sentido, foi possível observar que o argumento das “vantagens” e “desvantagens” eram analisados considerando apenas aquele efeito jurídico específico que estava sendo discutido no judiciário.

²⁸⁷ Sobre a insegurança jurídica que permeia a interpretação do instituto jurídico da união estável, pontua Mario Luiz Delgado “As interpretações díspares e, muitas vezes *contra legem*, produzem julgamentos desconexos e confusos que não garantem a mínima estabilidade das relações jurídicas. Quem convive em união estável hoje, no Brasil, não possui informações claras a respeito das consequências do seu relacionamento afetivo. Não sabe com precisão quais os seus deveres jurídicos, se terá ou não direito à sucessão em relação aos bens anteriores ao relacionamento, se poderá alienar um bem imóvel sem a autorização do outro” *In*: DELGADO, op. cit., 2016. p. 1367.

²⁸⁸ Para Rodrigo da Cunha Pereira, “O Direito não pode ficar indiferente às novas relações de família, mas também não pode interferir na liberdade dos sujeitos a ponto de presumir suas vontades, equiparando em tudo a união estável ao casamento. É muito saudável que as diferentes formas de constituição de família preservem suas peculiaridades e diferenças, sem que isto signifique a superioridade de uma sobre a outra” *In*: PEREIRA, op. cit., 2020. p. 190-191.

Não é possível concluir de *per si* que um instituto jurídico era mais benéfico do que o outro, posto que a depender da situação fática, poder-se-ia ser melhor constituir uma união estável do que um casamento e vice-versa.

Não obstante, a constante equiparação dos efeitos da união estável e do casamento acarretam na mitigação do princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal, na medida em que o exercício desta liberdade estar-se-ia cada vez mais limitado a optar por qual meio se constituirá o casamento: através da realidade fática ou mediante sua constituição formal – casar “de fato” ou “de direito”.

5.4 SERIA O FIM DA UNIÃO ESTÁVEL? A DISCUSSÃO SOBRE O CASAMENTO DE FATO E DE DIREITO

A análise histórica do direito nos permite ter uma compreensão melhor, a partir do passado, do que vem sendo o nosso presente e o que pode vir a ser do futuro.

Considerando o desenvolvimento da união estável no direito brasileiro, pode-se observar um cenário em que não havia qualquer reconhecimento jurídico para uma entidade familiar conjugal diversa do casamento até o momento em que existiam dois instrumentos jurídicos distintos hábeis à promoção pessoal dos casais, de modo que estes pudessem optar pelo regramento jurídico que mais se condissesse com as suas vontades particulares.

Por sua vez, o futuro – que muitas vezes pode vir a repetir o passado – caminha no sentido de novamente estarmos diante de apenas uma única realidade jurídica conjugal: o casamento. Não obstante, diferentemente do que outrora ocorria, haver-se-á duas possibilidades de constituição dessa única entidade familiar conjugal: pelo decurso do tempo, considerando os elementos constituidores da entidade familiar ou pelo ato solene de constituição do casamento.

Isto porque, quando consideramos as constantes equiparações entre os efeitos da união estável e do casamento realizadas pelos tribunais superiores ao longo dos anos, após a promulgação do CC/2002, observa-se que, na prática, cada vez mais inexistem distinções entre as entidades familiares conjugais no que tange aos seus efeitos, restringindo-se, em linhas gerais, as suas diferenciações apenas no tocante à sua forma de constituição e dissolução²⁸⁹.

²⁸⁹ Discordando da constante intervenção estatal na união estável, discorre Rodrigo da Cunha Pereira: “A regulamentação das uniões estáveis esbarra em uma contradição. Seria mesmo possível estabelecer as regras para as uniões que têm por natureza e essência exatamente não estar sob a égide das normas do Estado? Ora, se as pessoas não se casam oficialmente é porque não querem as formalidades e as regras impostas pelo Estado. É de se perguntar então: com o estabelecimento de regras para a união estável, praticamente idênticas ao casamento, qual alternativa restará à pessoa que não quiser se casar e preferir viver em regime de união estável? Certamente

Nesse sentido, entende Marcos Bernardes de Mello que “em rigor, nesses aspectos, casamento e união estável são iguais. Distinguem-nos, em essência, como se formalizam os suportes fáticos dos institutos: solenemente no casamento, informalmente na união estável”²⁹⁰.

Desta feita, se partimos da premissa adotada pelo autor de que se tratam de duas realidades idênticas que se diferenciam apenas pelo modo como são constituídas,²⁹¹ reforça-se o posicionamento de quem defende a extinção da união estável e da adoção da tese do casamento de fato e de direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, indaga Mario Luiz Delgado:

O tratamento dado à união estável pela ordem jurídica brasileira, especialmente na leitura feita por muitos tribunais e por importantes doutrinadores, implica em transformar a união de fato em um casamento forçado. À medida em que se regulamenta um relacionamento que foi constituído para ser uma união livre e sem nenhuma oficialidade, não se estaria alterando a sua natureza jurídica, para transformá-lo em outro tipo de relacionamento que não foi querido pelas partes? Já dissemos que o direito de viver informalmente não significa viver à margem da lei. Por isso, a lei reconhece alguns efeitos jurídicos à união estável²⁹².

Venceslau Tavares Filho é um dos defensores da extinção da união estável, com adoção de regime jurídico único para ambas as entidades familiares:

A linguagem do Direito rende grandes homenagens ao “fato”, desde então. Esta é uma linguagem relativamente recente no direito. Assim, pouco a pouco se incorpora no vocabulário jurídico. No Direito Civil, por exemplo, fala-se em domicílio de fato, separação de fato, sociedade de fato, etc. As estruturas “de fato”, em diversas áreas do direito, tendem a ganhar eficácia jurídica, à semelhança das correspondentes estruturas “abstratas” ou “ideias”, tradicionalmente reguladas.

Na primeira parte desta coluna, demonstramos que durante quase 400 anos o Direito aplicável entre nós imputava idênticos efeitos ao casamento “de direito” ao casamento “de fato” (...) De modo que defendo a eliminação da figura da união estável do nosso ordenamento, que passaria a ser considerada um casamento de fato, com estatuto jurídico idêntico ao do casamento civil.

nenhuma, pois esses regulamentos, em geral, tendem sempre a aproximá-la do casamento e, desta maneira, ainda que não se case, a pessoa estaria em um instituto idêntico ao do casamento, embora com outro nome. Neste raciocínio, regulamentação da união estável seria praticamente acabar com ela, matá-la em sua essência, que é exatamente não estar preso às regras do casamento. A união estável é um instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam criar as próprias regras de convivência. Daí o nome “união livre”, que por muitos anos, foi sinônimo de união estável, até então denominado concubinato”. *In*: PEREIRA, op. cit., 2020. p. 189.

²⁹⁰ MELLO, op.cit., 2020.

²⁹¹ Nesse sentido, também entende Zeno Veloso: “No Brasil, não se pode deixar de consignar que a união estável e o casamento apresentam diferenças, considerando-se suas formas de constituição. Entretanto, quanto aos feitos e os modos de dissolução de cada uma dessas entidades familiares, o direito tem evoluído – na lei, na doutrina, na jurisprudência – para uma realidade que se apresenta aos olhos com toda a evidência, a força de clareza solar: casamento e união estável são entidades familiares tendencialmente equiparadas” *In*: VELOSO, op. cit., p. 319

²⁹² DELGADO, op. cit., 2016. p. 1368.

Isto porque, se ambas são formas de se estabelecer um relacionamento conjugal familiar, sendo uma espécie de dois caminhos para uma mesma finalidade, não há razão de se manter as diferenças existentes no tocante aos seus efeitos²⁹³.

Para fins de comparação e exemplificação, podemos fazer alusão aos direitos reais. Com efeito, se considerarmos a usucapião, que é uma espécie de ato-fato jurídico, e a compra e venda, espécie de negócio jurídico, observamos que, embora sejam institutos jurídicos distintos, elas servem a mesma finalidade e possuem o mesmo resultado: aquisição da propriedade. Assim, independentemente do modo como foi adquirida, seja por usucapião ou por um contrato de compra e venda, certo é que a propriedade é a mesma.

Tal compreensão, por certo, não é desconhecida pelo mundo do direito nos tempos atuais. Embora não exista a previsão do casamento de fato no direito brasileiro vigente, pode-se citar, como exemplo, o direito norte-americano e a previsão do *commow-law marriage*.

Em linhas gerais, o *commow-law marriage* pode ser elucidado como o relacionamento entre duas pessoas que vivem juntas e se reconhecem como se casados fossem e se apresentam desta maneira perante a sociedade. Diferentemente do direito brasileiro, que prevê regramentos distintos para a união estável e o casamento, o *commow-law marriage* não difere do casamento realizado por ato formal.

Considerando que, no direito norte-americano, os Estados possuem autonomia para legislar internamente, cumpre ressaltar são apenas alguns poucos Estados que ainda admitem essa forma de aquisição do casamento. Além disso, dentre aqueles que permitem, existem algumas distinções na legislação de um Estado para o outro. Por exemplo, no Estado de New Hampshire, reconhece-se o casamento de pessoas que moram juntos e se reconhecem como se casados fossem sendo necessário o tempo mínimo de três anos²⁹⁴. Por sua vez, no Estado do Texas não se exige qualquer lapso temporal mínimo, bastando que os casais vivam juntos naquele estado e se apresentem perante a sociedade como casados²⁹⁵.

²⁹³ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Assimetria da sucessão em relação à união estável e casamento (parte 3). **Revista Consultor Jurídico**, 31 de out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-31/direito-civil-atual-assimetria-sucessao-relacao-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em 20 de mai. 2022.

²⁹⁴ 457:39 *Cohabitation, etc. – Persons cohabiting and acknowledging each other as husband and wife, and generally reputed to be such, for the period of 3 years, and until the decease of one of them, shall thereafter be deemed to have been legally married.* In: COMMON Law Marriage by State. **National Conference of State Legislatures - NCSL**, 3 nov.2020. Disponível em: <https://www.ncsl.org/research/human-services/common-law-marriage.aspx>. Acesso em: 01 jun. de 2022.

²⁹⁵ *PROOF OF INFORMAL MARRIAGE. (a) In a judicial, administrative, or other proceeding, the marriage of a man and woman may be proved by evidence that:*
 (1) *a declaration of their marriage has been signed as provided by this subchapter; or*
 (2) *the man and woman agreed to be married and after the agreement they lived together in this state as husband and wife and there represented to others that they were married.* In: NCSL. National Conference of State Legislatures. In: COMMON Law Marriage by State. **National Conference of State Legislatures - NCSL**, 3

Importa destacar, ainda que, em 2019, o Tribunal Superior do Estado da Carolina do Sul aboliu o *commow-law marriage* naquele Estado e, com isso, apenas os casamentos formalmente constituídos é que serão legalmente reconhecidos. Em sua decisão, o Tribunal Superior concluiu que “as fundações da instituição erodiram com a passagem do tempo e os resultados que produz são imprevisíveis e frequentemente convolutos. Consequentemente, acreditamos que chegou o tempo de nos juntarmos a esmagadora tendência nacional e aboli-la”²⁹⁶.

Assim, observa-se que a *commow-law marriage*, nos Estados Unidos, vem perdendo sua força, estando os Estados paulatinamente abolindo este instituto jurídico do seu ordenamento, o que serve de indício de que esta pode não ser a solução para os problemas envolvendo o instituto da união estável.

Isto porque, mesmo quando as consideram como a mesma entidade familiar, com os mesmos efeitos, diferenciando-as apenas no modo de sua constituição, ainda assim ressaltou o Tribunal Superior do Estado da Carolina do Sul que haviam consequências imprevisíveis que não afastavam as eventuais celeumas envolvendo esses relacionamentos amorosos.

Retornando ao direito brasileiro, é certo que a união estável foi criada como uma alternativa ao casamento, para proteger as relações conjugais que não eram abarcadas pelo sistema vigente, possuindo, conforme visto ao decorrer desta dissertação, uma série de vantagens e desvantagens quando comparada ao casamento. Para Paulo Lôbo:

Apesar das dificuldades, o modelo brasileiro é melhor que o de legislações estrangeiras, quando estas exigem a prova de um ato jurídico (contrato, escritura pública). O companheiro pode negar a existência da união estável, mas a confirmação fática, mediante os meios de provas mais amplos, afastará sua vontade²⁹⁷

Analisando o caminho que vem percorrendo a união estável em nosso ordenamento jurídico, foi possível observar as constantes equiparações dos seus efeitos ao do casamento realizadas pelos tribunais superiores, com o fito de coibir eventuais injustiças e aplicar o princípio da igualdade nas relações familiares, ao passo que se mitigou o princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal.

nov.2020. Disponível em: <https://www.ncsl.org/research/human-services/common-law-marriage.aspx>. Acesso em: 1 jun. 2022.

²⁹⁶ “We have concluded the institution’s foundations have eroded with the passage of time, and the outcomes it produces are unpredictable and often convoluted. Accordingly, we believe the time has come to join the overwhelming national trend and abolish it”. In: The State of South Carolina In The Supreme Court. Stone vs. Thompson. Appellate Case No. 2017-000227, **Justia Us Law**, [24 jul. 2019]. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/2019/27908.html>. Acesso em 15 de mai. de 2022.

²⁹⁷ LOBO, op. cit., 2021. p. 177.

Considerando essa realidade atual, poder-se-ia ser mais prudente adotar o posicionamento dos que defendem a extinção da união estável e a adoção do casamento de fato e de direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta maneira, embora diminuísse consideravelmente a liberdade dos casais no momento da escolha da sua entidade familiar conjugal, na medida em que, para eles, haveria apenas a decisão de casar ou não e por que modo realizar o casamento, seja “de fato” ou “de direito”, por outro lado, haveria uma maior transparência e segurança jurídica para os particulares.

Isto porque não se correria o risco de constituir uma união estável em um determinado momento com determinadas regras vigentes e, no curso da convivência, suas regras seriam alteradas ou equiparadas ao casamento pelos tribunais brasileiros. Para além disso: quando pensamos nos namoros da atualidade, acabar-se-ia com a ilusão de que elas poderiam ser consideradas (ou seria confundidas) com uma união estável, a qual teria regramentos mais brandos do que o casamento. Estariam, todos, portanto, cientes de que os relacionamentos poderão se tornar casamento, o qual possui regramento jurídico construído e consolidado ao longo dos séculos, não havendo tantas celeumas nesta entidade familiar.

Dessa forma, seria adotado, então, um sistema jurídico único, nas bases do casamento, sendo que todas as partes envolvidas saberiam quais são suas opções: permanecer solteiro ou constituir casamento, sem maiores complicações.

Entretanto, a nosso ver, tal solução, apesar de ser mais simples, não nos parece ser mais adequada. Compreende-se o posicionamento e a necessidade de proteção de segurança jurídica dos particulares, porém não se pode, com esse fim, mitigar severamente o princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

Optar por constituir família pelo casamento tem vantagens e desvantagens, assim como optar pela união estável traz vantagens e desvantagens. O que o Direito deve garantir é a liberdade de as pessoas escolherem esta ou aquela forma de constituir família. Se não houver diferenças entre estas duas formas, não haverá liberdade de escolha²⁹⁸.

Conforme visto ao longo do primeiro capítulo, a possibilidade de se constituir uma entidade familiar conjugal, seja através do casamento ou da união estável, é uma das espécies de manifestação do princípio da liberdade no direito de família, o qual merece ser protegido.

²⁹⁸ PEREIRA, op. cit., 2020. p. 221.

A união estável é um instituto jurídico complexo dentro de um sistema ainda mais turbulento: o Direito de Família. As relações familiares cada vez mais são diferentes e cabe ao direito a constante necessidade de ir se compatibilizando com as novas realidades existentes.

Complexo como o é, não é salutar que se opte pelo caminho mais fácil – de constantemente equiparar seus efeitos ao do casamento – sem que se passe a estudar, minuciosamente, o instituto jurídico da união estável como um todo, considerando todos os seus nuances e particularidades.

A preocupação com a segurança jurídica dos particulares não advém apenas da união estável, mas também em razão do modo como se vem interpretando-a. A ausência de critérios metodológicos precisos nos argumentos para equiparar ou não os seus efeitos ao do casamento é um fator considerável para o clima de incertezas que se vive em relação à união estável.

Conforme visto, já não se houve o maior cuidado com este instituto no momento da sua positivação no Código Civil de 2002, havendo apenas compatibilizações no Projeto de Lei, sendo realizadas às pressas e, pelo que se pode observar, segue-se decidindo “às pressas” e de forma pontual as problemáticas envolvendo a união estável, sem que se faça um urgente e necessário estudo aprofundado sobre todas as nuances envolvendo esse instituto jurídico no direito de família brasileiro.

Com efeito, considerando a realidade atual da sociedade brasileira, em que não se tem pleno conhecimento do direito ora posto, com a finalidade de que as pessoas pudessem optar, com informação e de modo consciente por qual entidade familiar as contempla melhor, é necessário, ao menos, que os tribunais superiores utilizem de critérios objetivos e coerentes para realizar – ou não – as equiparações dos efeitos da união estável e casamento.

Dessa maneira, haveria maior segurança jurídica dos particulares de modo a compreender em quais situações os efeitos do casamento e da união estável deverão ser considerados equiparados, bem como respeitar-se-á o princípio da igualdade, sem macular severamente o princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal.

Atualmente, em que pesem as críticas a determinadas equiparações, ainda é possível visualizar espaço para liberdade dos casais no momento da escolha do regime jurídico conjugal – ainda existem substanciais diferenças entre união estável e casamento para além do seu modo de constituição e dissolução que justificam a coexistência de ambas as entidades familiares no direito brasileiro.

Todavia, a contínua equiparação dos efeitos da união estável com o do casamento, apenas com fulcro no princípio da igualdade nas relações familiares, poderá acarretar, a longo prazo, na extinção desse instituto jurídico no direito brasileiro, restando as suas diferenças

centralizadas em seu modo de constituição e dissolução, implicando em grande mácula ao princípio da liberdade no momento da escolha do regime jurídico conjugal.

6 CONCLUSÕES

1) Os conceitos de liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada estão correlacionados, podendo-se afirmar que a liberdade é, em verdade, a matriz da qual derivou-se a autonomia da vontade e autonomia privada, sendo certo de que essas duas últimas estão intrinsecamente relacionadas ao contexto histórico e político em que se encontrava a sociedade;

2) A liberdade, em direito de família, pode ser observada sobre as seguintes perspectivas: liberdade nas relações parentais, nas relações patrimoniais e nas relações conjugais. A liberdade na escolha do modelo jurídico de família tem relação direta com o desenvolvimento da união estável no ordenamento jurídico brasileiro, posto que, até a Constituição de 1988, a família era centralizada na estrutura do casamento;

3) A positivação da união estável no Código Civil foi a exteriorização do princípio da liberdade no momento da escolha do modelo jurídico familiar pelos casais prevista pela Constituição de 1988. Ao estabelecer regimes jurídicos distintos, conferiu aos particulares a possibilidade de escolherem qual regramento jurídico melhor se adequa às suas necessidades;

4) O Código Civil de 2002 previu uma série de distinções entre a união estável e o casamento, a exemplo do suporte fático, natureza jurídica, forma de constituição e dissolução, regime sucessório, alteração do estado civil, entre outros;

5) O casamento é um negócio jurídico formal solene de direito de família, enquanto a união estável é um ato-fato jurídico, que independe de manifestação expressa da vontade ou de qualquer ato constitutivo para que configure, bastando apenas a presença dos seus elementos constituidores;

6) Observou-se, ao longo dos julgados estudados, uma intensa preocupação dos tribunais superiores em atender ao princípio da igualdade nas relações familiares, sob o argumento de que não pode haver distinção entre o casamento e a união estável, sob pena de uma ficar mais vantajosa do que a outra. Por outro lado, não se vislumbraram maiores considerações ou preocupações com as consequências dessas decisões, quando considerado o princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal;

7) O argumento de que houve uma predileção do casamento à união estável, com base na disposição constante no artigo 226, §3º da CF/88 não é mais sustentável, sendo pacífico de que se tratou de um comando destinado ao legislador com o objetivo de reforçar a liberdade dos casais no momento da escolha da sua entidade familiar conjugal: os casais podem optar, indistintamente e a qualquer momento, por transmutar seu relacionamento, de acordo com suas

vontades e interesses pessoais, seja do casamento para união estável ou de uma união estável para o casamento;

8) Em teoria, é plenamente admissível a posição adotada pelo Código Civil de que para institutos jurídicos distintos – seja em seu suporte fático quanto em sua natureza jurídica – se possa prever efeitos jurídicos diferenciados;

9) Quando se analisa o casamento e a união estável em sua totalidade, consoantes previstos pelo Código Civil de 2002, não se pode afirmar, genericamente e abstratamente, que um instituto jurídico é mais vantajoso do que o outro. A depender da realidade fática dos casais, poder-se-ia ser mais vantajoso constituir uma união estável ou um casamento, sendo certo de que o estabelecimento de diferenças não importa em diminuição de um instituto em detrimento do outro;

10) Qualificar os institutos jurídicos com base em vantagens e desvantagens não é oportuno e, além de tudo, é bastante subjetivo. Isto porque uma das consequências óbvias de se ofertar mais de uma opção, conferindo liberdade das partes no momento da escolha do regime jurídico conjugal, implica necessariamente em ter que realizar a escolha por uma em detrimento da outra, aceitando-se as consequências da sua decisão;

11) A intervenção estatal na união estável, com as constantes equiparações dos seus efeitos ao do casamento sendo realizada pelos tribunais superiores – à míngua de qualquer critério objetivo, apenas com fulcro no princípio da igualdade e sem considerar a totalidade dos efeitos decorrentes da constituição da união estável ou de um casamento – está mitigando a liberdade dos casais no momento da escolha da sua entidade familiar conjugal;

12) Considerando a realidade atual, em que os particulares não têm pleno acesso ao conhecimento, com o intuito de que possam exercer de forma livre e consciente sua vontade sobre qual entidade familiar conjugal deseja constituir, cabe ao judiciário, ao menos, criar critérios mais objetivos com a intenção de delimitar quais efeitos do casamento e da união estável devem ser equiparados, com o intuito de conferir maior segurança jurídica aos particulares, havendo um aprofundado e holístico estudo do instituto jurídico, não só apenas com base nos efeitos específicos que são levados para discussão junto aos tribunais superiores;

13) Diante da insegurança jurídica rodeando o instituto da união estável – haja vista a subjetividade da sua configuração a partir do elemento “escopo de constituir família” e a constante equiparação dos seus efeitos ao do casamento sem maiores critérios determinados – os particulares buscaram alternativas para a manutenção da sua liberdade em seus relacionamentos amorosos, a exemplo da elaboração do contrato de namoro;

14) Se na prática união estável e casamento têm seus efeitos quase em sua totalidade equiparados, há quem defenda a extinção da união estável com a finalidade de estipular, em nosso ordenamento jurídico, o casamento de fato e de direito, sendo certo de que, embora possuam modos de constituição distintos, os seus efeitos jurídicos seriam exatamente iguais. Essa solução foi adotada por alguns estados americanos, sendo denominada de *commow-law marriage*, a qual está em crise por não ter solucionado todos os problemas envolvendo os relacionamentos de fato;

15) A união estável, consoante positivado no CC/2002, não é imune a críticas, sendo necessário o constante estudo e aperfeiçoamento do instituto para corrigir eventuais falhas; todavia, sob esse pretexto, não se pode admitir que se equipare todos os seus efeitos ao do casamento, de modo a extingui-la do ordenamento jurídico, sob pena de grande violação ao princípio da liberdade no momento da escolha da entidade familiar conjugal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Famílias no direito contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 87.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 102, p. 207-230, 1989.

ARANHA, Maria Lúcia Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Temas de Filosofia**. 3 ed. rev. São Paulo: Moderna, 2005. p. 239-240.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. 2 ed. Belém: CEJUP, 1987.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

BAPTISTA, Silvio Neves (org.) **Manual de Direito de Família**. 3 ed. Recife: Bargaço, 2014.

BEVILAQUA, Clóvis. **Em defesa do projecto de Código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. p. 151. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224223>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. *In*: ANAIS DO SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., 2011. Joaçaba. **Anais [...]** Joaçaba, SC: Unoesc, v. 1. n. 1, 21.nov. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 189/2015**. Revogar o inciso II, do art. 1.641, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/945886>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4428/2021**. Suprime o inciso II do art. 1641, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002- Código civil Brasileiro. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2312394>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 951/2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2274247>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Código Civil (1916). **Lei n° 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 10 jul. 2021.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 11 jul. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 18 out. 2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil**. Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei de Câmara n°118 de 1984, que instituiu o Código Civil. Relator Geral: Deputado Ricardo Fiuza. Brasília: Câmara dos Deputados, v.1, 2 maio 2000. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n° 36, de 30 de maio de 2019**. Dispõe sobre a vedação aos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal de regulamentarem a averbação de divórcio por declaração unilateral emanada de um dos cônjuges. Brasília, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2923>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 11 de jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 11 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 11 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Assembleia Constituinte, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 11 de jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 15 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912**. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Rio de Janeiro, 1912. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm. Acesso em 18 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 72.771, de 06 de setembro de 1973**. Aprova Regulamento da Lei número 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D72771imprensa.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.036 de 10 de novembro de 1944**. Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. Rio de Janeiro, 1944. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7036imprensa.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. **Diário do Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 634, de 1975 (Do Poder Executivo). Mensagem nº 160/75**. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em 20 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.344, de 09 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112344.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.373, de 12 de março de 1958**. Dispõe sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, a que se referem os arts. 161 e 256 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, na parte que diz respeito à Previdência. Rio de Janeiro, 1958. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13373.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962.** Fixa novos valores para os vencimentos dos servidores da União, institui empréstimo compulsório e altera legislação do Imposto de Renda, autoriza emissão de títulos de recuperação financeira, modifica legislação sobre emissão de letras e obrigações do Tesouro Nacional e das outras providências. Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14069.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963.** Fixa novos valores para os vencimentos dos servidores do Poder Executivo, Cíveis e Militares; institui o empréstimo compulsório; cria o Fundo Nacional de Investimentos, e dá outras providências. Brasília, 1963. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14242.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963.** Dispõe sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes. Brasília, 1963. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4297impressao.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973.** Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15890.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975.** Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Brasília, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16216.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992.** Dá nova redação aos dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8408.htm#:~:text=A%20convers%C3%A3o%20e%20div%C3%B3rcio%20da,%C3%A0%20causa%20que%20a%20determinou. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18971.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. **Mensagem nº 420**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9278-1996.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. **Provimento nº 06/2019**. Regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro de casamentos, do que se denomina de “divórcio impositivo” e que se caracteriza por ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges, em pleno exercício do seu direito potestativo, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. Pernambuco, 2019. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b2>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3.457 de 2019**. Acrescenta o art. 733-A à Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>. Acesso em 20 de out. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 59.709/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19 de maio de 2020, publicado em 25 de junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.090.722/SP**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em 02 de março de 2010, publicado em 30 de agosto de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.112.123/DF**. Relator: Ministro: Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 16 junho de 2009, publicado em 13 de agosto de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.156.744/MG**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em 9 de outubro de 2012, publicado em 18 de outubro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.194.059/SP**. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgado em 6 de novembro de 2012, publicado em 14 de novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.206.656/GO**. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Terceira Turma. Julgado em 16 de outubro de 2012, publicado em 11 de dezembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.300.036/MT**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 13 de maio de 2014, publicado em 20 de maio de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.383.624/MG**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 02 de junho de 2015, publicado em 12 de junho de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.431.370/SP**. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas. Terceira Turma. Julgado em 15 de agosto de 2017, publicado em 22 de agosto de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.516.599/PR**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 21 de setembro de 2017, publicado em 2 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.597.675/SP**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 25.10.2016, publicado em 16 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.678.437/RJ – Rio de Janeiro**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 21 de agosto de 2018, publicado em 24 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.685.935/AM**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 17 de agosto de 2017, publicado em 21 de agosto de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.761.887/MS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 06 de agosto de 2019, publicado em 24 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.845.416/MS**. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 17 de agosto de 2021, publicado em 24 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.904.374/DF**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 13 de abril de 2021, publicado em 15 de abril de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001437688&dt_publicacao=15/04/2021. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.922.347/PR**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 07 de dezembro de 2021. Publicado em 01.02.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 646.259/RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 22 de junho de 2010, publicado em 24 de agosto de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, 05 maio 2011. DJe-198. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Relator Min. Ayres Britto. Plenário, D. J. 14/19/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 21 de dezembro de 2020, publicado em 09 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 10 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 10 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 35**. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula35/false>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380**. Sessão Plenária de 03/04/1964, publicado no DJ em 08/05/1964, p. 1237. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula380/false>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 382**. Sessão Plenária de 03/04/1964, publicado no DJ em 08/05/1964, p. 1237. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula382/false>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Divórcio Impositivo. **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, 27 mai. 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo>. Acesso em: 16 jul. de 2020.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. **Entre leis e cânones: a marcha da secularização do casamento no Brasil (1822-1916)**. Tese de Doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2018.

COMMON Law Marriage by State. **National Conference of State Legislatures - NCSL**, 3 nov.2020. Disponível em: <https://www.ncsl.org/research/human-services/common-law-marriage.aspx>. Acesso em: 01 jun. 2022.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819. Trad. Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares e ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis. **Revista Consultor Jurídico**, 30 mai.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniaao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao>. Acesso em: 16 jul. 2019.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Assimetria da sucessão em relação à união estável e casamento (parte 3). **Revista Consultor Jurídico**, 31 de out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-31/direito-civil-atual-assimetria-sucessao-relacao-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em 20 de maio 2022.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Namoro qualificado: a autonomia da vontade nas relações amorosas. *In*: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org) - **Direito de família diversidade e multidisciplinarietà**, Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 166/167.

D'ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins. Novas perspectivas em direito de família e o princípio da autonomia privada: um estudo à luz da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 43. 2015.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Mário Luiz. O Paradoxo da união estável: um casamento forçado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. a. 2. n. 1, 2016. p. 1351.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume 5: Direito de Família**. 24 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume 5: Direito de Família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial (ed.fac-símile). 2003, p. XXIX.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARBI, Carlos Alberto. A união de fato “duradoura” – em busca do tempo perdido. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García de. (coords.). **Tratado da União de Fato**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2021.

GOMES, Orlando. **Anteprojeto de Código Civil**. Rio de Janeiro, 1963. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12916>. Acesso em: 20 jul. 2021.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Editora Forense, 1976.

GOMES, Orlando. Lineamentos gerais do anteprojeto de reforma do Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 52, n. 334, p. 7-21, ago. 1963.

GOMES, Orlando. O problema da codificação. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, n. 1, a. 1, p. 16.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Trad. De Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis, Boiteux, 2007, p. 87-120.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **Notas sobre a irretroatividade da equiparação dos regimes sucessórios entre os cônjuges e companheiros (Tema 809 do STF)**. [s.l.: s.n.], [202-] No prelo.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A facilitação da separação e do divórcio durante e após a pandemia COVID-19 constitui um fator de insegurança jurídica? *In*: LEAL, Larissa Maria de Moraes; DUARTE, Lorena Guedes (coords.). **Impactos da pandemia COVID-19 no direito de família e sucessões**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2020. p. 195-205.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. *In*: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Orgs.). **Direito de Família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 101-116.

LOBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, [Belo Horizonte], 23 mar. 2004 Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20liberdade%20diz,livre%20planejamento%20familiar%3B%20%C3%A0%20livre>. Acesso em: 26 out. 2021.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Volume 5: Famílias. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Volume 6: Sucessões. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 171

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. Breves Notas sobre o Perfil Jurídico da União Estável. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. ano 9. n. 24. Belo Horizonte. Maio/Ago. 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo III. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado** – Volume 1. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – v. 2: direito de família**. 38 ed e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Volume 5: direito de família**. 7 ed. rev. atual. ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

OLIVEIRA, José Camartine Correia & MUNIZ, Francisco José Pereira. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Jenuá, 2010.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **A autonomia parental e os limites do planejamento familiar no sistema jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

PASSOS, Edilenice. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concubinato e união estável**. 5 ed. atual. ampli. com a colaboração de William Antonio Pedrotti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 24 ed. rev. atual. ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil – Volume V**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 176.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 205.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil**. Traducción de Adela Mora. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.
- REALE, Miguel. **Anteprojeto do Código Civil**. [Conferência do Magnífico Reitor Miguel Reale, da Universidade Federal de São Paulo sobre Novo Código Civil]. Distrito Federal: Instituto dos Advogados do Distrito Federal, 8 jun.1972. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180616/000346063.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 163, p. 113-130, 2004.
- RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- RODRIGUES, A. Coelho. **Projecto do Codigo civil brasileiro: precedido de um projecto de lei preliminar**. Rio de Janeiro: Imprensa. Nacional. Enciclopédia Mirador internacional, v. 7, 1980. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518628>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito - Universidade Federal do Paraná, 2009.
- SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Reflexões acerca da incidência dos princípios da liberdade individual e da Solidariedade Social nas relações familiares. **Ética e Filosofia Política**, v. 2, 2009.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 240.
- SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde et al. **Direito Civil Constitucional**. Coordenação Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Namoro e união estável: confusões. **Associação de Direito de Família e das Sucessões**, 25 fev.2016. Disponível em: <https://adfas.org.br/namoro-e-uniao-estavel-confusoes>. Acesso em: 20 maio 2022.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O mal falado contrato de namoro. **Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade e Advogados**, [s.d]. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/o-mal-falado-contrato-de-namoro>. Acesso em: 12 nov. 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García de. (coords.). **Tratado da União de Fato**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Contrato de Namoro. **Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade e Advogados**, [s.d]. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/contrato-de-namoro/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Volume 5: Direito de Família**. 12 ed. rev. atual e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1760.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1781.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Washigton de Barros Monteiro. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coords.). **Contratos, Família e Sucessões: Diálogos Interdisciplinares**. 2 ed. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 221-235.

THE STATE of South Carolina. *In: The Supreme Court. Stone vs. Thompson. Appellate Case No. 2017-000227, **Justia Us Law**, [24 jul. 2019]. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/2019/27908.html>. Acesso em 15 de mai. de 2022.*

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Volume XVII**. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

VELOSO, Zeno. **Direito Civil: Temas**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável? **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, 20 jul. 2016. Disponível em: www.ibdfam.org.br/noticias/6060/%C3%89+Namoro+ou+Uni%C3%A3o+Est%C3%A1vel%3F. Acesso em: 20 mai. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 16 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro:** amor líquido e direito de família mínimo. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.