



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS

**LUCINEIDE ALVES DA SILVA PASSOS**

**UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO: dever de fidelidade *versus* dever  
de lealdade.**

Brasília  
2016

**LUCINEIDE ALVES DA SILVA PASSOS**

**UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO: dever de fidelidade *versus* dever  
de lealdade.**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília

Orientadora: Professora Renata Malta  
Vilas-Bôas.

Brasília

2016

**LUCINEIDE ALVES DA SILVA PASSOS**

**UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO: dever de fidelidade *versus* dever  
de lealdade.**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília

Orientadora: Renata Malta Vilas-Bôas.

Brasília, 26 de outubro de 2016.

Banca Examinadora

---

Renata Malta Vilas-Bôas  
Orientadora

---

Examinador

---

Examinador

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o casamento e a união estável, tendo como guia os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre homens e mulheres e do respeito ao pluralismo das entidades familiares, discutindo tanto os aspectos constitucionais, quanto as determinações impostas pela legislação esparsa acerca dos temas. Nesse sentido, o Estado, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais. A Constituição Federal, declara, no *caput* do art. 226, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Após apresentar a família, seus princípios, espécies e de modo geral a autonomia individual das relações, realiza-se a apresentação do casamento com suas vicissitudes. Na terceira parte se realiza o estudo da união estável e suas características pertinentes. Por fim, se apresentam os direitos e deveres do casamento, abordando o dever de fidelidade e dever de lealdade.

**Palavras-chave:** Casamento. União estável. Fidelidade. Lealdade.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	5
<b>1 FAMÍLIA.....</b>	<b>7</b>
1.1 Princípios .....	9
1.2 Espécies .....	13
1.3 Estado, família e autonomia individual .....	17
<b>2 CASAMENTO .....</b>	<b>21</b>
2.1 Evolução histórica.....	21
2.2 Conceito .....	23
2.3 Validade e eficácia.....	24
2.4 Capacidade para casar .....	25
2.5 Habilitação .....	26
2.6 Celebração e registro .....	27
2.7 Prova do casamento e posse do estado de casado .....	28
<b>3 UNIÃO ESTÁVEL .....</b>	<b>30</b>
3.1 Evolução histórica.....	31
3.2 Conceito .....	32
3.3 Requisitos, natureza e validade .....	32
3.4 Quando se inicia?.....	34
3.5 Diferença entre namoro e união estável.....	34
<b>4 DIREITOS E DEVERES NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL .....</b>	<b>36</b>
4.1 Deveres do casamento .....	36
4.2 Deveres na união estável.....	38
4.3 Dever de fidelidade e dever de lealdade traço distintivo entre casamento e união estável? .....	39
CONCLUSÃO .....	43
REFERÊNCIAS.....	45

## INTRODUÇÃO

A família é uma construção cultural sendo assim, é necessário manter-se atento à dinâmica da própria sociedade. As novas formas de vida familiar regulamentadas revelam não ser essencial e exclusivo o matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa dizer que o casamento e a família são para a Constituição realidades distintas.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o casamento e a união estável, tendo como orientação os princípios constitucionais. A escolha do objeto de estudo justifica-se na atualidade do tema, tendo em vista o panorama do direito brasileiro, no qual muito se discute sobre as novas formas de família existentes e a provável equiparação de direitos entre o casamento e a união estável. Os problemas a serem analisados são: a) se os deveres impostos pela legislação são aplicáveis apenas aos cônjuges e não aos companheiros, ou seja, a fidelidade recíproca e a coabitação; b) a significação das palavras fidelidade e lealdade apontando qual a vontade da lei.

No primeiro capítulo, realiza-se a apresentação da família, seus princípios, espécies e de modo geral a autonomia individual das relações. Atualmente, é necessária uma visão pluralista da família, abrigando vários arranjos familiares, pois não é mais identificada pela celebração do casamento, diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O que identifica a família é a presença do vínculo afetivo, que une as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, empenhada cada vez mais em buscar a felicidade.

Atualmente, diante das novas espécies de família não é fácil conceituar o casamento, a sociedade ainda está aprendendo a conciliar as tendências modernas e diante dessas enormes transformações, faz-se necessária a revisão do conceito de casamento.

Não é recente a vida dos casais à margem da relação matrimonial, perdendo-se, na memória dos tempos, os fatos que expressam uniões livres ou irregulares, permanentes ou não. Assim sendo, na terceira parte se realiza o estudo da união estável e suas características pertinentes.

Por fim, se apresenta os direitos e deveres do casamento, abordando o dever de fidelidade e dever de lealdade, pois o Código Civil de 2002, inexplicavelmente, trouxe-o para os cônjuges, o dever de fidelidade; mas não o transplantou para os companheiros, preferindo as locuções lealdade e respeito.

É importante esclarecer quanto ao método de pesquisa utilizado empregar-se-á o método dedutivo, em grande parte revisão de textos normativos. Outrossim, quanto à técnica, utilizada empregar-se-á a pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se, do método indutivo, coletando dados específicos e concatenando as informações colhidas.

## 1 FAMÍLIA

Família, para a doutrina civil-constitucional, traduz, não um produto da técnica legislativa, mas uma comunidade de existência moldada pelo afeto<sup>1</sup>. A família constitui a base de toda a estrutura da sociedade, nela se assentam os alicerces morais e econômicos da sociedade. Esse pensamento se reflete na própria Constituição Federal, que declara, no *caput* do art. 226, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”<sup>2</sup>. De sorte que o Estado, “tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais”<sup>3</sup>.

Nesse mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro declara, ao comentar sobre o tema, que, “dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família revestisse da maior significação”, uma vez que “representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”<sup>4</sup>.

Na legislação internacional a família é mencionada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 16º, 3, estabelece que: “A família<sup>5</sup> é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”<sup>6</sup>. Também temos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 1969 na Costa Rica, que define em seu art. 17: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante**: na teoria e na prática (dos Tribunais). Revista síntese de Direito de Família, n. 49, Ago-Set/2008. p. 60.

<sup>2</sup> BRASIL. **Constituição(1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 03 set. 2016.

<sup>3</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v. 6. p. 5.

<sup>4</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 2. p. 1.

<sup>5</sup> Etimologicamente, família advém do latim *famulia*, que deriva de *famulus* (escravo), vocábulo originário do osco *famel*, servo, e do sânscrito *vama*, lugar ou habitação.

<sup>6</sup> Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada em 10 de dezembro de 1948.

<sup>7</sup> **A Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica), adotada em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor em 18 de julho de 1978. Disponível em: Brasil Constituição(1988). Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 03 set. 2016.



Conforme observa Maria Berenice Dias, “a família é uma construção cultural”<sup>8</sup>, sendo assim, na aplicação prática das leis é necessário manter-se atento à dinâmica da própria sociedade, “tendo como guia os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre homens e mulheres e do respeito ao pluralismo das entidades familiares”.<sup>9</sup>

O fato de a sociedade moderna estar em constante transformação torna árdua a tarefa de conceituar, no direito, o termo família. Na linguagem jurídica o sentido da palavra família é suscetível, de diversas definições.

Num sentido restrito, o vocábulo abrange tão somente o casal e a prole. Num sentido mais largo, cinge o vocábulo a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. E, em sentido ainda mais amplo, surgem os elos socioafetivos, ao lado dos vínculos de sangue como determinantes da existência de relação familiar.<sup>10</sup>

A Lei nº 11.340, de 2006, regulamentou o significado de família, juridicamente compreendida como:

[...]  
II- no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;  
[...]  
Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.<sup>11</sup>

Diante da evolução dos costumes e, na designação de família devem ser incluídas a entidade familiar constituída pelo casamento, pela união estável, pela comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes e, ainda, pela sociafetividade.

A família sempre influenciou muito a área do direito, mas "a partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais

---

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 27.

<sup>9</sup> ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2016. p.22.

<sup>10</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito da família**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 2. p. 17.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei Maria da Penha. **Lei n. 11.340/2006**. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em 04 set. 2016. Artigo 5º, paragrafo II e paragrafo único.

para ela.”<sup>12</sup> com esta nova perspectiva de família o direito adaptou-se a nova realidade.

Porém, as novas formas de vida familiar regulamentadas pela Lei, revelam não ser essencial e exclusivo o matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa dizer que o casamento e a família são para a Constituição realidades distintas. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma: "Quem pretende focalizar os aspectos ético-sociais da família, não pode perder de vista que a multiplicidade e variedade de fatores não consentem fixar um modelo social uniforme.”<sup>13</sup> A família está continuamente sofrendo transformações, acompanhando as mudanças do contexto no qual está inserida.

## 1.1 Princípios

Partindo da premissa de que a família é à base da sociedade, e tem especial proteção do Estado. Com a finalidade de melhor compreensão do tema, faz-se necessária a análise dos princípios inerentes a família.

Iniciaremos, com o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana decorrente do disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal. A conceituação da dignidade da pessoa humana é tarefa árdua, tendo em vista abranger a diversidade de valores existentes na sociedade. Tal princípio compõe o alicerce da comunidade familiar e impõe pensar o direito de família com a ajuda e pelo ângulo dos direitos humanos.<sup>14</sup>

Conforme Paulo Lôbo:

A família tutelada pela Constituição está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2002, APUD GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante:** na teoria e na prática (dos Tribunais). Revista síntese. Revista de Direito de Família. N. 49 agosto a setembro de 2008. p. 60.

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2001. p. 170. APUD GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante:** na teoria e na prática (dos Tribunais). Revista síntese. Revista de Direito de Família. N. 49 - Ago-Set/2008. p. 60.

<sup>14</sup> ALMEIDA JUNIOR, Fernando Frederico de. **Direito Civil:** Família e sucessões. Barueri, SP: Manole. 2012. p.1.

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 39.

De acordo com Rizzato Nunes a "dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, constituído pela razão jurídica".<sup>16</sup>

Não se trata de um conceito imutável, visto que, deve acompanhar as necessidades do ser humano. A dignidade da pessoa humana não tem apenas a função de estabelecer direitos e deveres que assegurem uma vida saudável e justa. Muito mais do que isso, tem o dever de proporcionar situações em que o ser humano se desenvolva em um meio capaz de promover a sua integração e evolução de sua dignidade.<sup>17</sup>

Rodrigo da Cunha Pereira identifica a dignidade da pessoa humana como um princípio ético que a história mostrou ser necessário incluir entre os princípios do Estado. E completa: "é um macrop princípio sob o qual irradiam outros princípios e valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade".<sup>18</sup>

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros encontra previsão em dois curtos preceitos da Constituição Federal de 1988 "constituíram o epílogo, ao menos no campo jurídico, da longa e penosa trajetória da emancipação feminina e da conseqüente superação da sociedade conjugal patriarcal",<sup>19</sup> a saber:

Art. 5º [...]

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

Art. 226 [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.<sup>20</sup>

Disposição que se encontra também no Código Civil.<sup>21</sup> O primeiro enunciado seria suficiente por sua generosa abrangência. Entendeu o constituinte,

<sup>16</sup> NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48.

<sup>17</sup> GOECKS, Renata Miranda. Vitor Hugo Oltramari. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar frente aos princípios constitucionais aplicáveis. **Revista IOB de direito de família**. Ano 9, RDF n. 45, dez. jan./2008, p.121.

<sup>18</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 94.

<sup>19</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista síntese de Direito de Família**, n. 26. p. 6. Disponível em:<<http://www.bdr.sintese.com>> Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>20</sup> Brasil. **Constituição(1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 03 set. 2016.

no entanto, explicitar o princípio da igualdade no capítulo destinado à família, ante a experiência legislativa e a hermenêutica jurídica tradicionais brasileiras que tenderiam a sustentar serem com ele compatíveis a desigualdade e a inferioridade da mulher na sociedade conjugal, como sempre se fez. No período que mediou o início de vigência da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, não faltaram afirmações doutrinárias e decisões jurisprudenciais no sentido da aplicação das normas de tratamento desigual do Código Civil de 1916, relativas ao marido e à mulher. Prevaleceu, todavia, a tese da aplicabilidade imediata das normas constitucionais, com revogação da legislação civil anterior.<sup>22</sup>

O Código Civil de 2002 pôs cobro definitivo à força da pré-compreensão, ao estabelecer que: "Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges."<sup>23</sup>

A Constituição Federal e o Código Civil disciplinam sobre o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos e determina que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."<sup>24</sup>

Para Caio Mário Pereira da Silva o princípio da equiparação dos filhos constitui uma das grandes contribuições da Constituição Federal de 1988 ao Direito de Família, pois foi "resultado de efetiva conquista da doutrina e jurisprudência, influenciadas, inclusive, pela substituição dos modelos tradicionais de família e pelo reconhecimento jurídico de uma pluralidade de entidades familiares."<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Código Civil: Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. **Parágrafo único**. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses. **Código Civil**: Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 13 set. 2016.

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. Revista síntese de Direito de Família, n. 26. p. 6. Disponível em: <<http://www.bdr.sintese.com>> Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 09 set. 2016.

<sup>24</sup> Brasil. **Constituição(1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição Federal, Lei n. 10.406. Código Civil. Brasília, 2002. art. 227, §6º; e Código Civil, Art. 1.596.

<sup>25</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. PEREIRA, Tânia da Silva. 24. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 372-F.

O princípio do planejamento familiar funda-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, conforme dispõe o art. 226, §7º, da Constituição Federal “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.<sup>26</sup>

É defeso, de acordo com o Código Civil, a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, é a livre-iniciativa no direito de família, consiste no princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, pois a pessoa tem a liberdade de escolha pela constituição ou não de uma vida familiar, seja pelo casamento, seja pela união estável.

O princípio da consagração do poder familiar<sup>27</sup>, consiste em um conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, trata-se de um poder dever.

O Princípio da afeição como fundamento do matrimônio e da união estável a comunhão plena de vida é estabelecida pelo casamento (CC, art. 1511) e pela união estável (CC, art. 1723), sendo sua mola mestra a afeição entre os cônjuges ou conviventes. Consequências da extinção da *affectio* são a dissolução da união estável, a separação judicial e o divórcio.<sup>28</sup>

O princípio da afetividade, não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico, mas a Constituição Federal, ao estabelecer a pluralidade das entidades familiares, reconhece a afetividade como base da família.

A afetividade, como elemento formador da família, deve se adaptar aos anseios do ser humano e acompanhar suas transformações. O princípio da afetividade possui, então, papel imprescindível para a fundamentação dos novos modelos familiares, sendo capaz de explicar a necessidade do pluralismo das entidades familiares para a sociedade contemporânea. O modelo único e tradicional de família, o matrimonializado, não tem como requisito fundamental o afeto, visto que retoma as antigas funções da família (econômica, política, religiosa e procriativa). Os atuais vínculos

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>Acesso em 08/09/2016. Nesse mesmo sentido CC, Art.1565, § 2º.

<sup>27</sup> Importante mencionar que foi abandonado a locução pátrio poder.

<sup>28</sup> ALMEIDA JUNIOR, Fernando Frederico de. **Direito Civil: família e sucessões**. Barueri, SP: Manole. 2012. p.1.

familiares, no entanto, fundamentam-se, basicamente, na afetividade, motivo pelo qual se passa a analisar o princípio do pluralismo das entidades familiares.<sup>29</sup>

O princípio do pluralismo familiar reconhece a família matrimonial e as entidades familiares que são a união estável e a família monoparental, o mesmo ocorrendo com o Código Civil, a exceção da família monoparental, que não recebeu nenhuma norma regulamentadora nesse *códex*.

Necessário é, ainda, que se analise o princípio da monogamia, que classifica como família aquela em que o homem possui apenas uma esposa e vice-versa. A monogamia é vista como uma forma de organizar a sociedade, e não apenas de impor regras atinentes à moral, viabilizando, assim, o desenvolvimento do ser humano e de suas relações.<sup>30</sup> Assim, tendo sido feita a análise dos princípios aplicáveis à família, abordaremos as espécies de família.

## 1.2 Espécies

Para configurar um agrupamento familiar são necessários os seguintes pressupostos:

a afetividade, como mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais; a estabilidade, como elemento constitutivo do núcleo familiar, afastando os relacionamentos casuais e descomprometidos, sem comunhão de vida; a ostensibilidade, como demonstrativo da entidade familiar, ou seja, uma unidade familiar que se apresenta publicamente, afastando a clandestinidade; a vontade, como elemento volitivo e fundamental para constituição da família.<sup>31</sup>

Diante desses elementos característicos, diversos são os arranjos familiares, expressos ou implícitos na Constituição Federal. As famílias matrimoniais, convivências e monoparentais estão expressamente previstas no art. 226 da Constituição Federal, o que não exclui os diversos outros modelos de entidades familiares possíveis.

<sup>29</sup> GOECKS, Renata Miranda. OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar frente aos princípios constitucionais aplicáveis. **Revista IOB de direito de família**. Ano 9, n. 45 – dez. jan./2008. p.121.

<sup>30</sup> GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar frente aos princípios constitucionais aplicáveis. **Revista IOB de direito de família**. Ano 9, RDF n. 45 – dez. jan./2008. p.122.

<sup>31</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 60/61.

De maneira sucinta, Dimas Messias Carvalho conceitua as três formas de família abordadas na Constituição Federal:

A família matrimonial é formada com base no casamento civil pelos cônjuges, incluindo, não necessariamente, a prole, natural ou socioafetiva. É uma união legal vinculada a normas cogentes, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres. [...] A família convivencial é a constituída fora do casamento pela união estável, caracterizada pela união informal pública, duradoura e contínua do homem e a mulher. [...] Família monoparental é a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, naturais ou socioafetivos (art. 226, § 4º, da CF). Ocorre quando os filhos vivem em companhia de apenas um dos pais, em razão de viuvez, adoção unilateral ou filhos de mães ou pais solteiros.<sup>32</sup>

Como espécies de família abordadas pela legislação esparsa temos a família natural, extensa ou ampliada e família substituta, tais espécies de família estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.<sup>33</sup>

Ainda que não prevista na Constituição Federal, não pode ser excluída do status de família e merecedora da proteção do Estado a família homoafetiva que “é aquela constituída de pessoas do mesmo sexo, com fundamento na afetividade de seus membros e merecedoras da proteção legal, possuindo os mesmos direitos e deveres da união estável heteroafetiva”<sup>34</sup>. A Lei Maria da Penha reconhece expressamente a união homoafetiva ao dispor no art. 5º, parágrafo único, que na proteção contra a violência doméstica “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 62.

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em 14 set. 2016.

<sup>34</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 63/64.

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei n. 11.340/2006. Lei Maria da Penha. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Presidência da República, 2006. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em 14 set. 2016.

A família anaparental ou família de parentes é conceituada como a “entidade em que convivem parentes sem diversidade de gerações, sem verticalidade dos vínculos parentais, como duas irmãs, ou mesmo entre pessoas sem vínculos parentais, dentro de uma estruturação com identidade de propósitos”.<sup>36</sup>

É o caso do julgado do Superior Tribunal de Justiça que transcrevemos a seguir, de uma adoção póstuma, em que dois irmãos de sexos opostos, ao agirem como família, constituindo um núcleo familiar formado pelo afeto, puderam adotar um menor, que consideravam como um filho.

Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam, o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Ademais, o § 6º do art. 42 do ECA (incluído pela Lei nº 12.010/2009) abriga a possibilidade de adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante no curso do respectivo procedimento, com a constatação de que ele manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. [...] Consignou-se, ademais, que, na chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatados os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2º, do ECA. Esses elementos subjetivos são extraídos da existência de laços afetivos - de quaisquer gêneros -, da congruência de interesses, do compartilhamento de ideias e ideais, da solidariedade psicológica, social e financeira e de outros fatores que, somados, demonstram o animus de viver como família e dão condições para se associar ao grupo assim construído a estabilidade reclamada pelo texto da lei. Dessa forma, os fins colimados pela norma são a existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que pode gerar para o adotando. Nesse tocante, o que informa e define um núcleo familiar estável são os elementos subjetivos, que podem ou não existir, independentemente do estado civil das partes. Sob esse prisma, ressaltou-se que o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar a noção plena apreendida nas suas bases sociológicas. Na espécie, embora os adotantes fossem dois irmãos de sexos opostos, o fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si como para o infante, e naquele grupo familiar o adotando se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, encontrando naqueles que o adotaram a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social de que hoje faz parte. Dessarte, enfatizou-se que, se a lei tem como linha motivadora o princípio do melhor interesse do adotando, nada mais justo que a sua interpretação também se revista desse viés.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 68.

<sup>37</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp 1.217.415/RS. Relª Min. Nancy Andrighi, J. Brasília, 19 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1217415&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>> Acesso em: 15 set. 2016.



Apesar do crescimento desta nova realidade no Brasil, a família anaparental não é reconhecida como entidade familiar e não possuindo desta forma a proteção do Estado uma vez que não constitui uma das espécies de entidades familiares que consta no rol do artigo 226 da Constituição Federal. Sabemos que o direito de família é um dos ramos do direito mais voltado para a questão humana, assim o magistrado no julgado em questão não utilizou somente a letra da lei e sim humanizou sua decisão, tornando sua decisão mais justa.

A família multiparental ocorre quando o filho possui dois pais ou duas mães, um biológico e outro socioafetivo, sem que um exclua o outro, a dinâmica com que se reconstituem as famílias, especialmente em razão da facilidade do divórcio e o vínculo formal do casamento não ter mais a importância de antes na união das pessoas, quebrou o modelo tradicional de família, em que o casal vivia junto mesmo não mais se suportando, para manter o casamento.<sup>38</sup> Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça e Territórios do Distrito Federal:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE. ENTEADA CRIADA COMO FILHA DESDE 1 ANO E 8 MESES DE IDADE. PLEITO DE INCLUSÃO DO NOME DA MÃE SOCIOAFETIVA, DE SEUS ASCENDENTES E DE SEU PATRONÍMICO NO ASSENTO DE NASCIMENTO DA MENOR. POSSIBILIDADE. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA PROVADA. MANUTENÇÃO DA MATERNIDADE BIOLÓGICA. RESPEITO À MEMÓRIA DA MÃE BIOLÓGICA, FALECIDA MENOS DE 1 ANO APÓS O PARTO. SENTENÇA REFORMADA.

1 - A filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º da Constituição/88, abarca não apenas a adoção em si considerada, como também parentescos de origens diversas, conforme sinalizado pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade decorrente da ordem natural, de forma a contemplar a socioafetividade surgida como elemento da ordem cultural.

2 - O Código Civil, em seu art. 1.593, reconhece a possibilidade de parentesco, e, por óbvio, de filiação, decorrente de outros critérios, resguardando a possibilidade de uma origem socioafetiva.

3 - Na hipótese, provada a maternidade socioafetiva, seu reconhecimento consiste apenas na materialização da realidade fática vivenciada pelas partes, de modo que, apesar de a legislação não dispor explícita e detalhadamente sobre tal situação, incumbe ao Poder Judiciário assegurar direitos decorrentes da peculiaridade de tais casos.

4 - À luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no artigo 100, inciso IV da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o reconhecimento da maternidade socioafetiva e respectiva averbação do nome da apelante no assento de nascimento da infante para conferir-lhe o reconhecimento jurídico que já desfruta de filha da apelante, sem prejuízo da manutenção do nome da mãe biológica registral, até mesmo para fins de preservação da memória desta, que não teve culpa pelo rompimento do vínculo materno-filial, já que veio a falecer antes de a menor completar 1 ano de idade.

<sup>38</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva. 2015. p. 70.

5 - Recurso conhecido e provido.<sup>39</sup>

A família pluriparental ou mosaico são as famílias complexas, reconstituídas ou recompostas, na qual um ou ambos os parceiros possuem filhos de uniões anteriores, resultando pluralidade das relações parentais, multiplicidade de vínculos, ambiguidade dos compromissos e interdependência. Os casais trazem para a nova família filhos de relações anteriores, que se juntam aos filhos comuns, é inquestionável o surgimento de vínculos de afetividade e solidariedade familiar entre eles.<sup>40</sup>

A evolução do direito de família, com a consagração dos princípios previstos na Constituição Federal, transformou o casamento e a família em geral em instrumento de felicidade e promoção da dignidade de cada um de seus membros, fulcrada no respeito e na realização pessoal destes.<sup>41</sup>

A família eudemonista é o conceito mais inovador de família. O eudemonismo “é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade, a felicidade individual ou coletiva é fundamento da conduta humana moral, sendo consideradas boas as condutas que levam à felicidade”<sup>42</sup>.

### 1.3 Estado, família e autonomia individual

As normas do Direito de Família são normas de Direito Privado, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo. É certo que os interesses da família e dos membros que a compõem não devem sofrer a intervenção direta e ostensiva do Estado, a quem compete apenas tutelá-los.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. **Acórdão n.955534, 20140310318936APC**, Relator: MARIA IVATÔNIA. Quinta turma cível. Brasília, 20 de julho de 2016.

<sup>40</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 69.

<sup>41</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 35.

<sup>42</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

<sup>43</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 178.

A regra por excelência, nessa linha evolutiva, está bem disposta no art. 1.513 do Código Civil: "Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família."<sup>44</sup>

Todavia, o art. 1.566 do Código Civil desmente essa direção principiológica, ao estabelecer deveres conjugais cuja verificação implica necessária interferência do Estado, mediante a atuação de seu Poder Judiciário, na comunhão de vida dos cônjuges.

Os deveres de fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, respeito e consideração recíprocos importam profunda interferência na intimidade e na privacidade familiares, que dizem respeito exclusivamente aos cônjuges. Esses deveres, durante a convivência conjugal, são absolutamente inócuos, pois destituídos de sanção para seus eventuais inadimplementos.

Assim, prestam-se, exclusivamente, como causas de separação judicial litigiosa (art. 1.572), quando a sociedade conjugal já chegou ao fim, trazendo ao conhecimento dos agentes públicos judiciários, o que deveria estar velado pela tutela da preservação da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição). Essa consequência indireta depende de ato privativo e potestativo do cônjuge, de forte densidade subjetiva; a conduta que para um é suportável, para outro não é; um ato isolado pode ser considerado mais insuportável do que atos continuados.

Todavia, o princípio da liberdade conjugal e familiar contenta-se com o simples desaparecimento dos laços afetivos do casal, bastando que um assim considere, tornando desnecessária a investigação de culpa ou de culpado. Não há interesse público legítimo do Estado em impor a continuidade de uma relação que as partes, ou uma parte, não desejam. O divórcio direto tem como única causa objetiva a separação de fato, dispensando-se qualquer referência a cumprimento ou não de deveres conjugais.<sup>45</sup>

Com o fim do patriarcalismo e a emancipação da mulher, confere-se a ela a igualdade de direitos em relação ao seu marido, durante a constância do casamento. Isso significa que não há mais o estado de sujeição no qual a cônjuge

---

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 01 set. de 2016.

<sup>45</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista síntese de Direito de Família**, n. 26. p. 12. Disponível em: <<http://www.bdr.sintese.com>> Acesso em: 14 set. 2016.

virago se encontrava, podendo ela tomar as decisões em conjunto com o seu consorte.

No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna exsurtem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.<sup>46</sup> Sob nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros. O Estado assumiu uma postura protetora-provedora-assistencialista, abandonou sua figura de protetor-repressor.

A aplicabilidade do princípio da autonomia privada da família como instrumento de freios e contrapesos da intervenção do Estado funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos que a compõem, que resulta também da personificação do indivíduo.<sup>47</sup>

O princípio da liberdade, necessariamente coligado ao princípio da igualdade, nas relações familiares, diz respeito não apenas à criação ou extinção das sociedades conjugais, mas também à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que afetam profundamente a liberdade, a intimidade e a privacidade dos cônjuges. O exercício igualitário e solidário da conjugalidade, no mundo atual, é algo inteiramente subtraído à interferência legislativa e judicial do Estado, pois destituído de qualquer interesse público.<sup>48</sup>

O desafio fundamental para a família e das normas que a disciplinam é conseguir conciliar o direito à autonomia e à liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, que se consubstancia na atuação do Estado apenas como protetor. Esta conciliação deve ser feita por meio de uma hermenêutica comprometida com os princípios fundamentais do Direito de Família, especialmente

---

<sup>46</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 179.

<sup>47</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 188-189.

<sup>48</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista síntese de Direito de Família**, n.26. p. 11. Disponível em: <<http://www.bdr.sintese.com>> Acesso em: 14 set. 2016.

o da autonomia privada, desconsiderando tudo aquilo que põe o sujeito em posição de indignidade e o assujeite ao objeto da relação ou ao gozo de outrem sem o seu consentimento.<sup>49</sup>

Por fim, o princípio da intervenção mínima ganhou reforço com a Emenda Constitucional n. 66, de 13-7-2010. Ela aboliu prazos para se requerer o divórcio, separação judicial e discussão da culpa.<sup>50</sup>

---

49 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 189.

50 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 189.

## 2 CASAMENTO

De acordo com Paulo Nader a capacidade para a prática de negócios jurídicos em geral é norteadada por regras estabelecidas na Parte Geral do Código Civil, as quais não alcançam, todavia, o ato do casamento, que, por sua singularidade, subordina-se a estatuto específico, afeiçoado à natureza complexa dos deveres inerentes aos consortes.<sup>51</sup>

Com relação à natureza jurídica do casamento, a doutrina diverge, apontando duas correntes. Enquanto para alguns, fundados no direito canônico, o casamento é uma instituição, devido principalmente ao seu caráter sociológico, supra individualista, para outros, na chamada concepção clássica ou individualista, o casamento é um contrato, uma vez que fruto de um acordo de vontades.

A tendência é no sentido de atribuir ao casamento uma natureza híbrida, conforme observa Eduardo dos Santos, citado por Silvio Venosa, *in verbis*: “contrato *sui generis* de caráter pessoal e social: sendo embora um contrato, o casamento é uma instituição ético-social, que realiza a reprodução e a educação da espécie humana”.<sup>52</sup> “O Estado exige publicidade, duração e objetivo familiar, porque o casamento é público, costuma perdurar no tempo e geralmente constitui uma família”.<sup>53</sup>

### 2.1 Evolução histórica

O Direito de Família está centrado, principalmente, nos aspectos pessoais das relações. Partindo dessa premissa o casamento é tratado de forma especial dentro do ordenamento jurídico. A faceta patrimonial é tratada como questão secundária, principalmente, diante do movimento de repersonalização das relações familiares.

Importante demonstrar como surgiu a forma de união entre os indivíduos, e com o fim de atingir esta finalidade, colacionamos os ensinamentos de Júlio

---

<sup>51</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 7 ed. São Paulo: Forense. 2015. Vol. 5. p. 72.

<sup>52</sup> RODRIGUES, Silvio., p. 22.

<sup>53</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. União estável. **Revista IOB – Trabalhista e Previdenciária**. Ano 21. n. 52 Jun./2010. p. 80.

Pinheiro Faro que abordou sob o ponto de vista histórico a origem do modo de aquisição do parentesco:

Na alta antiguidade clássica romana, o parentesco que unia os indivíduos em uma família não decorria da consanguinidade, e sim da agnação, isto é, da submissão àquele que exercia o pátrio poder e da varonia era o varão quem sempre sucedia ao pai. É que cada família possuía, visivelmente, um soberano (o *paterfamilias*), um pequeno território no qual este exercia seu poder, unidade política, econômica e religiosa. A essa época, cada família era algo como que um Estado em miniatura: o governante era o chefe, cujo poder (pátrio poder) se sobrepunha a tudo e a todos que a seu jugo se submetiam; a economia era estritamente doméstica, a produção era toda voltada à subsistência da família; a religião era, também, exclusivamente doméstica, a constituir-se no culto aos mortos. Portanto, como se pode observar, "o princípio do parentesco não era o ato material do nascimento, porém o culto" - e isto decorria do fato de que os ancestrais do pai eram os deuses familiares varões, já que, "na opinião das gerações antigas, a mulher não transmitia nem a vida nem o culto". Contudo, já na baixa antiguidade clássica romana, a estrutura familiar baseada na agnação foi substituída pela estrutura familiar decorrente da cognação, ou seja, parentesco decorrente das relações de consanguinidade, a partir da compilação justiniana, e que deu origem à família moderna.<sup>54</sup>

No Brasil, na França e praticamente em todo o mundo ocidental a organização familiar espelha-se na família romana como padrão de organização institucional.<sup>55</sup> De acordo, com o doutrinador Gediel Claudino, historicamente, em Roma, o casamento, era organizado de três maneiras:

a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*. A primeira forma, *confarreatio*, que era usada pela classe dominante (a nobreza, a aristocracia, os patrícios), consistia numa cerimônia religiosa em que um pão de trigo era ofertado aos deuses, advindo daí o costume moderno do bolo de noiva. Já a segunda forma, *coemptio*, era usada pela plebe e consistia quase num negócio jurídico formal (*imaginaria venditio*), em que o chefe da família, *pater*, vendia a mulher. Por fim, o *usus* em que o marido adquiria a mulher pela posse, numa espécie de usucapião.<sup>56</sup>

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, "a Idade Média era regida pelo direito canônico e o casamento religioso era o único conhecido".<sup>57</sup> Posteriormente, "já conquistado o casamento livre, a Igreja Católica reivindicou o direito de regulamentá-lo (Concílio de Trento), e ele passou a ser tratado como um sacramento cristão".<sup>58</sup>

<sup>54</sup> FARO, Júlio Pinheiro. A Sucessão do Companheiro. **Revista síntese de Direito de Família**, n. 65. Abr-Maio/2011. p. 100.

<sup>55</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7ª ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 6.

<sup>56</sup> ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2016. p.26.

<sup>57</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.31/32.

<sup>58</sup> ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2016. p.26.

No Brasil, país predominantemente católico, prevaleceu o casamento religioso até o ano de 1861, quando, diante da crescente imigração de pessoas que professavam outras religiões, surgiu lei regulando o casamento dos não católicos. Entretanto, somente após a proclamação da República foi introduzido pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento civil obrigatório, que foi consolidado pelo Código Civil de 1916 e mantido no atual Código que, no seu art. 1.512, declara que “o casamento é civil e gratuita a sua celebração”.<sup>59</sup> Nesta época, pouco importava laços afetivos, pois, o homem e a mulher se uniam visando formar patrimônio e herdeiros.<sup>60</sup>

## 2.2 Conceito

Nenhum outro instituto do direito privado suscita, ou já suscitou, tantas controvérsias como o casamento. Hodiernamente cresce o número daqueles que profetizam o seu fim, mormente depois que a Constituição Federal o equiparou, quanto aos seus efeitos, à união estável (art. 226, § 3º, CF).<sup>61</sup>

Tradicionalmente, Washington de Barros conceituava o casamento. Segundo ele, casamento era:

a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos De acordo, com os costumes e crenças de sua época, o casamento possuía como características fundamentais o seu caráter perpétuo, sem possibilidade de divórcio, o fato de envolver um homem e uma mulher e ter como objetivo básico a reprodução e a criação dos filhos.<sup>62</sup>

A sociedade ainda está aprendendo a conciliar as tendências modernas e diante dessas enormes transformações, faz-se necessária a revisão do conceito de casamento.

Atualmente, pode-se conceituar casamento como a “união legal de duas pessoas, com o propósito de estabelecer comunhão plena de vida, assumindo mutuamente os cônjuges a qualidade de consortes e companheiros, com base na

<sup>59</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

<sup>60</sup> Nesse sentido: FARIAS/ROSENVALD, 2013, p.40.

<sup>61</sup> ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2016. p.24.

<sup>62</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 2. p. 9.



igualdade de direitos e deveres”.<sup>63</sup> Diante desse novo conceito, pode-se concluir que o casamento atualmente apresenta as seguintes características:

- I – continua sendo de ordem pública, vez que todas as suas formalidades são disciplinadas por normas de caráter cogente;
- II – não só cabe entre um homem e uma mulher (art. 1.517, CC), como pode também envolver casais homossexuais;
- III – pode ser dissolvido pelo divórcio (art. 1.571, § 1º, CC);
- IV – estabelece entre os cônjuges direitos e obrigações mútuas (art. 1.565, CC), em consonância com o princípio constitucional da igualdade entre os sexos.<sup>64</sup>

### 2.3 Validade e eficácia

Sob a égide do Código Civil de 1916, o marido era o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos, assim sendo, o casamento trazia diferentes direitos e obrigações para os cônjuges.

Hoje, existe a absoluta igualdade entre os cônjuges. De fato, pelo casamento, os contraentes assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, na proporção de seus bens e dos rendimentos do seu trabalho, devendo exercer conjuntamente e em igualdade de condições a direção da sociedade conjugal. São, ademais, deveres de ambos os cônjuges:

- Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
- I - fidelidade recíproca;
  - II - vida em comum, no domicílio conjugal;
  - III - mútua assistência;
  - IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
  - V - respeito e consideração mútuos.<sup>65</sup>

A quebra de qualquer desses deveres pode ensejar pedido de divórcio unilateral, porém há que se registrar que a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, dispensa o interessado de declarar as razões do pedido de divórcio.

<sup>63</sup> ARAUJO JÚNIOR, Gediél Claudino de. **Prática no direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2016. p.24.

<sup>64</sup> ARAUJO JÚNIOR, Gediél Claudino de. **Prática no direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2016. p.25.

<sup>65</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

Um dos aspectos que expressam estes novos tempos de igualdade entre os sexos é a norma do § 1º do art. 1.565 do Código Civil, que estatui que “qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”. Sobre este tema, deve-se ainda registrar que é permitido ao casal, não só acrescer, mas também suprimir<sup>66</sup> o uso de algum patronímico de família quando do casamento.

## 2.4 Capacidade para casar

O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou, se for o caso, do representante legal, enquanto não atingida a maioridade civil. A norma do art. 1.518 do Código Civil, declara que “até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização”.<sup>67</sup>

Conforme a Lei 13.146/2015, não existe mais a possibilidade de o curador revogar a autorização para a celebração do casamento. Revogada ou negada a autorização, o casamento não poderá se realizar, salvo no caso de os nubentes obterem autorização judicial por meio da ação de suprimimento de autorização.

Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo, quanto à concessão ou não da autorização para o casamento do filho menor. Na hipótese de os pais negarem injustamente o consentimento, este pode ser suprido pelo juiz.<sup>68</sup>

Excepcionalmente, permite a lei civil, art. 1.520, o casamento de pessoas que ainda não atingiram a idade núbil, desde que a mulher esteja grávida. Observe-se, no entanto, que neste caso não basta a existência de exame de gravidez ou de atestado médico declarando o estado de gravidez; é necessário que a menor, representada pelos seus pais ou guardião, ajuíze ação pedindo que o juiz autorize o casamento.

---

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 662799-MG**. Min. Castro Filho. Brasília, 05 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=662799&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>67</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>68</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990. O art. 148, estabelece a competência do Juiz da Infância e Juventude para “suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento”, quando configurada uma das hipóteses do art. 98 daquele mesmo diploma legal: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta

O referido art. 1.520 também faz menção à possibilidade de o juiz autorizar o casamento de menor de 16 anos para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal. Todavia, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, revogou expressamente os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que previa a extinção da punibilidade em razão do casamento. Destarte, a mencionada hipótese está prejudicada, não sendo, portanto, mais possível obter autorização para o casamento daquele menor de 16 anos para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal para o noivo ou noiva.

## 2.5 Habilitação

Com a finalidade de verificar se os nubentes estão aptos a casar, o Estado estabeleceu um rigoroso processo de habilitação, onde disciplina seus pressupostos e formalidades, bem como todos os aspectos de sua celebração. Os nubentes devem redigir requerimento de habilitação para o casamento endereçado ao Oficial do Cartório de Registro Civil da Comarca de domicílio de qualquer dos requerentes.<sup>69</sup> De acordo com Paulo Nader:

O vocábulo habilitação é empregado em duplo sentido, na esfera do Direito de Família. Alguns, como Orlando Gomes, identificam-no com a documentação apresentada pelos noivos ao oficial do Registro Civil, visando à realização de seu casamento. É também empregado no sentido de homologação do requerimento formulado pelos noivos. É neste sentido que a Lei Civil, pelo art. 1.531, refere-se ao certificado de habilitação.<sup>70</sup>

De acordo com o Código Civil, o requerimento deverá ser subscrito por ambos os nubentes, de próprio punho, deve indicar se algum dos contraentes pretende acrescentar ao seu o sobrenome do outro, conforme permissão legal. O Requerimento deve ser instruído com os seguintes documentos:

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:  
 I - certidão de nascimento ou documento equivalente;  
 II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;  
 III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

<sup>69</sup> Conforme art. 67, Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos).

<sup>70</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 7 ed. São Paulo: Forense. 2015. Vol. 5. p. 100.

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;  
 V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.<sup>71</sup>

Os nubentes poderão, ainda, juntar pacto antenupcial, onde podem livremente estabelecer o que lhes aprouver. Na falta ou nulidade de tal documento, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Com efeito, o art. 1.640 do Código Civil declara que, “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.<sup>72</sup>

Protocolado o requerimento de habilitação para o casamento e estando em ordem a documentação, o Oficial extrairá edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.

Decorrido o prazo do edital sem apresentação de oposição escrita e assinada, por meio de declaração e dada vista ao representante do Ministério Público, o pedido de habilitação será homologado pelo juiz, devendo o Oficial do registro extrair o certificado de habilitação, que terá validade por noventa dias, contados da data em que for extraído. Considerando que este prazo é de natureza decadencial, a não realização do enlace dentro do referido prazo exigirá que eventualmente os noivos protocolem novo requerimento de habilitação.

Na hipótese de casamento nuncupativo (*in articulo mortis*), ou seja, quando um dos contraentes encontrar-se em iminente risco de vida, ou, ainda, quando houver motivo urgente que justifique a imediata celebração do casamento, é permitida a dispensa da publicação do edital.<sup>73</sup>

## 2.6 Celebração e registro

A solenidade realizar-se-á, com toda publicidade, na sede do cartório ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou

<sup>71</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>72</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>73</sup> LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1. ed. Barueri: Manole. 2009. p. 30.

particular, devendo, em qualquer dos casos, permanecerem as portas abertas (art. 1.534, CC).

O casamento será celebrado, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados, de regra, gratuita. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular. Ressalve-se, no entanto, que, estando um dos nubentes acometido de moléstia grave, a lei civil, permite que o presidente do ato, ou, na sua falta, seu substituto legal, celebre o casamento no lugar onde se encontrar o cônjuge doente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever.

Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador com poderes especiais, juntamente com ao menos duas testemunhas, que podem ser parentes ou estranhos, e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento. Terminada a celebração, lavrar-se-á o competente assento no livro de registro, que será firmado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, pelas testemunhas e pelo Oficial do Registro.

## **2.7 Prova do casamento e posse do estado de casado**

O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro, sendo o casamento um ato formal, sua realização não se presume. No caso de perda ou destruição do registro, não sendo possível a sua recuperação, cabe ao interessado ajuizar ação declaratória e se justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova. A sentença que reconhecer a existência e celebração do casamento deve ser levada a registro junto ao Cartório de Registro Civil e produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que respeita aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento.

Ao lado das provas diretas do casamento, o Código Civil também trata da prova indireta, que é feita pela posse de estado de casados, ou seja, pela demonstração pública da situação de casados.

Flavio Tartuce aponta serem três os requisitos para a demonstração da posse de estado de casados: “a)*Nomen*: pelo fato de um cônjuge utilizar o nome do outro. b)*Tractatus*: os cônjuges se tratam como se fossem casados. c)*Reputatio*: diante do reconhecimento geral, da reputação social, de que ambos são casados”.<sup>74</sup>

De acordo Gediel Claudino “o simples fato de um homem e uma mulher se apresentarem publicamente, e na vida privada, como se casados fossem, ou seja, terem a posse do estado de casado, não é bastante para fazer prova de que sejam civilmente casados”.<sup>75</sup>

Atualmente, com a ascensão das uniões estáveis, as pessoas que assim vivam não raro se apresentem como marido e mulher, não seria prudente aceitar como prova de casamento a simples posse do estado de casado. Nesta matéria, o Código abre exceção em relação aos filhos, a quem é permitido invocar, após a morte de ambos os cônjuges, a posse do estado de casado de seus pais, salvo contra certidão do registro civil que prove que já era casado algum deles quando contraiu o casamento impugnado (art. 1.545, CC).<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. V. 5. 2016. p. 313.

<sup>75</sup> ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2016. p.35.

<sup>76</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

### 3 UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, como forma de constituição da entidade familiar, não comporta um rito específico, como se dá com o casamento. É fruto da constatação, ao longo do tempo, da existência de alguns requisitos elementares que, somados, a caracterizam. A união estável configura-se na união de pessoas sem impedimentos para o casamento, exceto quanto à pessoa casada, desde que esteja separada de fato ou juridicamente. “A união de pessoas com impedimentos para o casamento constitui-se em concubinato<sup>77</sup>, sem a proteção dos direitos conferidos à união estável”<sup>78</sup>.

Segundo Carlos Alberto Gonçalves existe a forma de concubinato puro e impuro, para fazer referência ao adúltero, que assim foi definida:

[...] concubinato impuro, para fazer referência ao adúltero, envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou para apontar os que mantêm mais de uma união de fato. “Concubinato puro” ou companheirismo seria a convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união (caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou que tiveram o casamento anulado). A expressão “concubinato” é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade (adúltero).<sup>79</sup>

Configura-se, o concubinato segundo o Código Civil, quando ocorrem “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”<sup>80</sup> (art. 1.727). Malgrado a impropriedade da expressão utilizada, deve-se entender que nem todos os impedidos de casar são concubinos, pois o § 1º do art. 1.723 trata como união estável a convivência pública e duradoura entre pessoas separadas de fato e que mantêm o vínculo de casamento, não sendo separadas de direito. O grande passo, no entanto, foi dado pela atual Constituição, ao proclamar, no art. 226, § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o

<sup>77</sup> “A união entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico, de concubinato”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 183.

<sup>78</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 63.

<sup>79</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 183.

<sup>80</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 16 set. 2016.

homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.<sup>81</sup>

Assim sendo, a união estável ou união livre sempre foi reconhecida como um fato jurídico, seja no direito comparado, seja entre nós. Por certo é que hoje, a “união estável assume um papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, eis que muitas pessoas, principalmente das últimas gerações, têm preferido essa forma de união em detrimento do casamento.”<sup>82</sup>

### 3.1 Evolução histórica

No caso do Brasil, a primeira norma a tratar do assunto foi o Decreto-lei 7.036/1944, que reconheceu a companheira como beneficiária da indenização no caso de acidente de trabalho de que foi vítima o companheiro, lei que ainda é aplicada na prática.<sup>83</sup>

Nesse ínterim, a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destaca, inicialmente, a Súmula 35, que reconhecia o direito à indenização acidentária em favor da companheira. Releva, ainda, a notável Súmula 380, do ano de 1964, com a seguinte redação: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.<sup>84</sup>

A primeira regulamentação da norma constitucional que trata da união estável adveio com a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que definiu como “companheiros o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole (concubinato puro).”<sup>85</sup> Posteriormente, a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, alterou esse conceito, omitindo os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole.

---

<sup>81</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Coleção Sinopses Jurídicas**: direito de família. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 183-184.

<sup>82</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 5. 2016. p. 313.

<sup>83</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 5. 2016. p. 313.

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 380**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 16 set. 2016.

<sup>85</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 183-184.



### 3.2 Conceito

O conceito de união estável é encontrado na Lei 9.278 de 1996 em seu artigo primeiro: “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”<sup>86</sup> Essa definição é mantida, em linhas gerais, pelo art. 1.723 do presente Código.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, mudando o conceito de família, fazendo com que a junção entre duas pessoas sem o matrimônio merecessem amparo e proteção do Estado.

### 3.3 Requisitos, natureza e validade

O Código Civil fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos, os princípios básicos das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. “Em face da equiparação do referido instituto ao casamento, aplicam-se lhe os mesmos princípios e normas atinentes a alimentos entre cônjuges.”<sup>87</sup>

Preceitua o art. 1.723 do Código Civil:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Foi admitida expressamente, no § 1º do aludido dispositivo, a união estável entre pessoas que mantiveram seu estado civil de casadas, estando, porém separadas de fato, nestes termos: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.<sup>88</sup>

O art. 5º da Lei n. 9.278/96 estabeleceu a presunção de colaboração dos conviventes na formação do patrimônio durante a vida em comum, invertendo-se o

<sup>86</sup> BRASIL. **Lei 9.278/1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)> Acesso em: 16 set. 2016.

<sup>87</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 184-185.

<sup>88</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 16 set. 2016.

ônus probatório, que competia ao que negava a participação do outro. A presunção de esforço comum não era absoluta, pois mesmo estando estabelecida em lei podia ser contestada.<sup>89</sup>

O art. 1.725 do novo Código Civil, dispõe, com efeito, o mencionado dispositivo: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”

<sup>90</sup> A administração do patrimônio comum compete a ambos os companheiros (CC, art. 1.663), salvo estipulação diversa no contrato escrito. O art. 1.726 do Código Civil destina-se a operacionalizar o mandamento constitucional sobre a facilitação da conversão da união estável em casamento, facultando aos companheiros formular requerimento nesse sentido ao juiz e providenciar o assento no Registro Civil.<sup>91</sup>

Constituem pressupostos de ordem subjetiva da união estável: a) convivência *more uxorio*, e b) *affectio maritalis* (ânimo ou objetivo de constituir família). E, de ordem objetiva: a) notoriedade (convivência pública); b) estabilidade ou duração prolongada; c) continuidade; d) inexistência de impedimentos matrimoniais; e e) relação monogâmica.<sup>92</sup>

Os requisitos, nesse contexto, são que a união seja pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem que haja interrupções, sem o famoso “dar um tempo” que é tão comum no namoro) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (*animus familiae*). Para a configuração dessa intenção de família, entram em cena o tratamento dos companheiros (*tractatus*), bem como o reconhecimento social de seu estado (*reputatio*).<sup>93</sup>

<sup>89</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 185.

<sup>90</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 16 set. 2016.

<sup>91</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 186.

<sup>92</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 187.

<sup>93</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 5. 2016. p. 319.

### 3.4 Quando se inicia?

Embora a união estável seja uma relação de fato, constituída com o passar do tempo e, portanto, sem um marco inicial, para salvaguardar a família e, principalmente, proteger os conviventes,

Como reconhece Álvaro Villaça Azevedo, a lei não exige prazo mínimo para a sua constituição, sendo certo que o aplicador do direito deve analisar as circunstâncias do caso concreto para apontar a sua existência ou não.<sup>94</sup>

### 3.5 Diferença entre namoro e união estável

O intuito de constituição de família é que diferencia cabalmente o namoro da união estável. Conforme destacado por José Fernando Simão citado por Flávio Tartuce, “se há um projeto futuro de constituição de família, estamos diante de namoro. Se há uma família já constituída, com ou sem filhos, há uma união estável.”<sup>95</sup>

O Tribunal do Rio Grande do Sul vem entendendo que o mero namoro longo, em que não há o objetivo de constituição de família, não constitui união estável.<sup>96</sup> Não tem sido outra a conclusão do Tribunal de Justiça de São Paulo, merecendo destaque a decisão que excluiu a união estável, pois um não participava da vida cotidiana do outro.<sup>97</sup>

Podem ser encontradas decisões que utilizam o termo namoro qualificado para denotar o namoro longo, em que não há a presença dos requisitos familiares de uma união estável. Assim, do Superior Tribunal de Justiça, as seguintes conclusões:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. A configuração da união estável é ditada pela confluência dos parâmetros expressamente declinados, hoje, no art. 1.723 do CC-02, que tem elementos objetivos descritos na norma: convivência pública, sua

<sup>94</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 5. 2016. p. 319.

<sup>95</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 5. 2016. p. 320.

<sup>96</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Processo 70008361990, 13.08.2004, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Juiz José Ataídes Siqueira Trindade, origem Comarca de Montenegro.

<sup>97</sup> SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação com revisão 591.772.4/3, Acórdão 3696215, São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 23.06.2009, DJESP 17.07.2009.

continuidade e razoável duração, e um elemento subjetivo: o desejo de constituição de família.

2. A congruência de todos os fatores objetivos descritos na norma, não levam, necessariamente, à conclusão sobre a existência de união estável, mas tão somente informam a existência de um relacionamento entre as partes.

3. O desejo de constituir uma família, por seu turno, é essencial para a caracterização da união estável pois distingue um relacionamento, dando-lhe a marca da união estável, ante outros tantos que, embora públicos, duradouros e não raras vezes com prole, não têm o escopo de serem família, porque assim não quiseram seus atores principais.

4. A demanda declaratória de união estável não pode prescindir de um diligente perscrutar sobre o "querer constituir família", desejo anímico, que deve ser nutrido por ambos os conviventes, e a falta dessa conclusão impede o reconhecimento da união estável.

Recurso provido.<sup>98</sup>

Sem prejuízo da diferenciação em relação ao namoro, a união estável, por igual fundamento, não se confunde com o noivado. Na linha do que outrora foi exposto, na união estável a família é presente; no noivado a família é futura, havendo um planejamento para sua concretização em posterior momento. Ressalve-se que este autor prefere a utilização da expressão *animus familiae* do que o termo *affectio maritalis*, justamente para diferenciar a união estável do casamento, institutos que são distintos.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> REsp 1263015/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 26/06/2012.

<sup>99</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. 5. 2016. p. 323.

## 4 DIREITOS E DEVERES NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

O casamento cria para os cônjuges, como a união estável cria para os companheiros, deveres e direitos recíprocos, só dispensados com a separação de fato ou com o divórcio, que põe termo final ao casamento e, portanto, também aos deveres impostos aos cônjuges, cujas obrigações conjugais são substituídas pelos eventuais compromissos assumidos no acordo de divórcio judicial ou extrajudicial, ou ordenadas em sentença proveniente de divórcio litigioso.

O Código Civil de 2002 suprimiu os deveres particulares do marido e da mulher, um dos pilares da desigualdade de tratamento legal entre os cônjuges, compatibilizando-se, nesse ponto, com os valores constitucionais. Por força da Constituição, já se encontravam revogados desde o advento desta. O tratamento doutrinário que se deu tradicionalmente ao tema tinha como paradigma a família patriarcal, inclusive no que toca aos chamados deveres comuns, que tinham por fito a consolidação da família legítima, máxime quanto aos deveres de fidelidade e de coabitação.<sup>100</sup>

Conforme o Código Civil os únicos deveres comuns tanto aos cônjuges quanto aos companheiros, são o dever de mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Estes são deveres exigíveis e refletem interesse público relevante. No âmbito do direito penal, o art. 240, que tratava o adultério como crime, foi revogado em 2005 pela Lei nº 11.106. Porém, o art. 235, que trata sobre bigamia, mantém o texto, tipificando como crime contrair núpcias quem já for casado.

### 4.1 Deveres do casamento

O art. 1.566 estabelece um rol de deveres mais gravoso que o previsto para a união estável (art. 1.724), cujos companheiros estão dispensados da fidelidade recíproca e da vida em comum, no domicílio conjugal.

---

<sup>100</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista síntese de Direito de Família**, n.26. p. 11. Disponível em:<<http://www.bdr.sintese.com>> Acesso em: 14 set. 2016.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a fidelidade recíproca sempre foi entendida como “impedimento de relações sexuais com terceiros. Historicamente, voltava-se principalmente ao controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e evitar a *turbatio sanguinis*.”<sup>101</sup> No mesmo sentido, Roberto Senise Lisboa afirma:

O dever de fidelidade decorre do dever de assistência imaterial e se encontra implícito na exclusividade do casamento e dos direitos dele decorrentes, assim como decorre da obrigação de não adulterar. O dever de fidelidade decorre, assim, da obrigação geral que o cônjuge tem de não trair a pessoa com quem contraiu o casamento (obrigação de não fazer). A fidelidade matrimonial deve compreender tanto a disposição do uso do corpo (fidelidade física) como a lealdade do tratamento dispensado ao cônjuge, na esfera íntima ou privada e mesmo perante terceiros (fidelidade psíquica íntima e social).<sup>102</sup>

A fidelidade recíproca é corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade. A norma tem caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo. Contudo, embora atue em todas essas esferas, é também norma jurídica, porque sua transgressão admite punição nas esferas civil e criminal.<sup>103</sup>

Roberto Senise Lisboa defende que “a infidelidade virtual não se presta à viabilização de prole fora do casamento, não se configura, no sentido estrito do art. 1.566, I, do CC, a quebra do dever de fidelidade”.<sup>104</sup>

A vida em comum no domicílio conjugal é decorrência da união de corpo e de espírito. Embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua ausência, não tolerada ou não aceita pelo outro cônjuge, é motivo de separação. “O princípio não é absoluto, e sua falta não implica necessariamente desfazimento da *affectio maritalis*.”<sup>105</sup> Na redação do Código de 1916, a fixação do lar conjugal competia ao marido, incumbindo à mulher acompanhá-lo (art. 233, III). Se esse dever já era discutível no passado, com a igualdade constitucional deve ser analisado com restrições.

<sup>101</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista síntese de Direito de Família**, n.26. p. 13. Disponível em:<<http://www.bdr.sintese.com>> Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>102</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. v. 5. p. 120.

<sup>103</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Atlas. v. 6. 2015. p.157.

<sup>104</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. v. 5. p. 120.

<sup>105</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Atlas. v. 6. 2015. p.157/158.

A mútua assistência é fundamental no matrimônio, consagrado tradicionalmente pela Igreja. Consubstancia-se na mútua assistência a comunidade de vidas nas alegrias e nas adversidades. No campo material, esse dever traduz-se na obrigação de um cônjuge prestar alimentos ao outro, não devendo essa obrigação ser vista hoje exclusivamente como um ônus do marido.<sup>106</sup>

O sustento, guarda e educação dos filhos é outro aspecto fundamental do casamento. Embora a existência de prole não seja essencial, trata-se de elemento fundamental da existência conjugal. Incumbe a ambos os pais o sustento material e moral dos filhos. O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe igualmente aos pais o dever de sustento, guarda e educação da prole. A omissão desse dever terá implicações de caráter civil, como a imposição de prestar alimentos, e de caráter penal, podendo caracterizar crimes de abandono material e intelectual.<sup>107</sup>

O Código de 2002 acrescentou mais um item a esse rol de deveres recíprocos, qual seja, o respeito e consideração mútuos, esse dever foi introduzido no direito brasileiro pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou a união estável.

O projeto do Estatuto das Famílias abandona esse rol exclusivo e obsoleto dedicado aos cônjuges, para estabelecer disposições comuns a todas as entidades familiares com ou sem casamento, hétero ou homoafetivas, realçando os deveres recíprocos de assistência, amparo material e moral e todas as formas possíveis de proteção à dignidade humana, mormente das crianças.<sup>108</sup>

## 4.2 Deveres na união estável

Observa-se que na união estável, à exceção dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos, os deveres são diversos do casamento, apesar de semelhantes.

Embora a união estável seja uma relação de fato, constituída com o passar do tempo e, portanto, sem um marco inicial, para salvaguardar a família e,

---

<sup>106</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas. v. 6. 2015. p.159.

<sup>107</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas. v. 6. 2015. p.159.

<sup>108</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas. v. 6. 2015. p.160.

principalmente, proteger os conviventes, a exemplo das regras estabelecidas no casamento, a Lei nº 9.278/96 estabeleceu deveres aos companheiros.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:  
 I - respeito e consideração mútuos;  
 II - assistência moral e material recíproca;  
 III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.<sup>109</sup>

Como bem estabelece a Lei nº 9.278/96, o respeito e consideração e a assistência moral e material são direitos e deveres, já que os deveres de cada um dos conviventes correspondem a direitos, reconhecidos ao outro companheiro. Também a guarda e educação dos filhos caracterizam-se como direitos-deveres, entre os genitores e a prole. Já o sustento dos filhos é dever, bem como o é a administração dos bens comuns dos conviventes.<sup>110</sup>

E, assim, conceituamos a assistência moral na união estável como o “dever de proteger os direitos da personalidade do convivente.” No entanto, esse dever não pode conduzir ao controle abusivo de um dos conviventes sobre o outro, razão pela qual lhes é imposto também o dever de respeito, que, igualmente, tem por objeto os bens da personalidade.<sup>111</sup>

A guarda, sustento e educação dos filhos, como dever de ambos os conviventes, dispensa maiores comentários, acentuando-se somente que a Lei nº 9.278/96 acolheu o princípio constitucional da absoluta igualdade entre homens e mulheres, ditado no art. 5º, inc. I, da Lei Maior.<sup>112</sup>

#### **4.3 Dever de fidelidade e dever de lealdade traço distintivo entre casamento e união estável?**

O Código Civil de 2002, inexplicavelmente, trouxe-o para os cônjuges, o dever de fidelidade; mas não o transplantou para o art. 1.724, preferindo as locuções

<sup>109</sup> BRASIL. **Lei 9.278/1996**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm) > Acesso em: 16 set. 2016.

<sup>110</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade Civil dos Conviventes. **Revista Síntese de Direito de Família**, n. 3 - Out-Nov-Dez/99. p. 31. Disponível em < <http://www.bdr.sintese.com> > Acesso em: 30 ago. 2016.

<sup>111</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade Civil dos Conviventes. **Revista Síntese de Direito de Família**, n.3, Out-Nov-Dez/99. p. 32. Disponível em < <http://www.bdr.sintese.com> >. Acesso em: 30 ago. 2016.

<sup>112</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade Civil dos Conviventes. **Revista Síntese de Direito de Família**, n.3, Out-Nov-Dez/99. p. 35. Disponível em < <http://www.bdr.sintese.com> >. Acesso em: 30 ago. 2016.



lealdade e respeito, de conteúdos muito mais vagos e imprecisos. Nenhuma razão há para essa divergência.<sup>113</sup>

O artigo 1.566, inciso I, do Código Civil institui a fidelidade recíproca como deveres de ambos os cônjuges. No mesmo Código dispõe, ainda, em seu artigo 1724, no que tange à união estável que: "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".<sup>114</sup> Para Dimas Messias de Carvalho:

O sentido do dever de lealdade é mais amplo que o dever de fidelidade previsto nos deveres do casamento, pois a lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie. A quebra do dever de fidelidade na união estável, implícito no dever de lealdade, não gera efeitos jurídicos ou estabelece sanções ao convivente que o violou, por tratar-se de dever moral, de questão de foro íntimo dos companheiros sem existência de interesse público, muito embora possa ser fonte de eventual dever de indenizar nos termos gerais, se ocasionar alguma espécie de dano moral.<sup>115</sup>

No âmbito da união estável poder-se-ia mencionar que a ausência do termo fidelidade proporcionaria uma maior liberalização neste sentido. Cumpre então questionar até que ponto referido dever de fidelidade e lealdade, tão enfatizados em nosso diploma legal, poderia acarretar maiores consequências jurídicas aos cônjuges e companheiros.

A Constituição Federal em seu artigo 226, § 3º, regulamentado pela Lei 9278 de 1996, artigo 1º, bem como toda a doutrina dominante, equipara a união estável e o casamento em vários aspectos, entre eles ao dever de fidelidade ali expresso, no vocábulo lealdade. Portanto, o dever de fidelidade recíproca está implícito nos de lealdade<sup>116</sup> e respeito.

A transgressão dos deveres conjugais pode gerar danos indenizáveis ao cônjuge inocente. Não é toda situação de infidelidade ou de abandono do lar conjugal, por exemplo, que ocasiona o dever de indenizar por danos morais. A falta

<sup>113</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. Revista síntese. Revista Brasileira de Direito de Família, N.26. p. 14. Disponível em: <<http://www.bdr.sintese.com>> Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>114</sup> BRASIL. **Lei 9.278/1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)> Acesso em: 16 set. 2016.

<sup>115</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva. 2015. p. 462.

<sup>116</sup> Interessa notar que o art. 1.724, regulador dos deveres dos companheiros, utiliza o conceito mais amplo de "lealdade", o qual, inequivocamente, compreende o compromisso de fidelidade sexual e afetiva durante toda a união.

de respeito e de consideração por parte de um dos consortes também pode gerar situações de transtorno ou constrangimento que desembocam nos danos morais. Impõe-se o acurado exame da situação concreta.<sup>117</sup>

O Superior Tribunal de Justiça sobre a necessidade de haver o dever de fidelidade ou lealdade o associou ao princípio da monogamia, como podemos observar no julgado abaixo:

Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/2002, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. A despeito do reconhecimento - na dicção do acórdão recorrido - da união estável entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado - entre os ex-cônjuges - a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/2002, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente - art. 1.724 do CC/2002 -, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. O dever de lealdade "implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural" (VELOSO, Zeno apud PONZONI, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos>>), isso porque o art. 1.727 do CC/2002 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido.<sup>118</sup>

<sup>117</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas. v. 6. 2015. p.160.

<sup>118</sup>BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp 1157273/RN. STJ, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, DJ 18.05.2010.. Disponível

A fidelidade é um valor juridicamente tutelado, e, tanto o é, que fora erigido como dever legal decorrente do casamento ou da união estável. O Estado, à luz do princípio da intervenção mínima no direito de família, não poderia, sob nenhum pretexto, impor, coercitivamente, a todos os casais, a estrita observância da fidelidade recíproca.<sup>119</sup>

Isso significa que os companheiros podem, pela letra da lei, ter várias companheiras, assim cada uma delas saiba e não se oponha. A lei estabelece regime de comunhão parcial de bens na união estável, e um companheiro pode ter várias companheiras dentro da lei, então a partilha de bens terá não apenas dois sujeitos. Antes que se diga que a vontade da lei foi a mesma, mudando apenas a palavra, saibamos que quando a lei quis dizer fidelidade, o fez assim mesmo. Pela lógica, caso equiparem a união estável ao casamento, se faz necessário tomar a opção política: ou se permite o casamento plural, para igualar à possibilidade da união estável, ou se muda a lei para instituir fidelidade à união estável.

---

em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1157273&b=ACOR&p=true&l=10&i=9>> Acesso em: 17 set. 2016.

<sup>119</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante**: na teoria e na prática (dos Tribunais). Revista síntese de Direito de Família. Nº 49 - Ago-Set/2008. p. 54/55.

## CONCLUSÃO

A constante mudança da estrutura e conteúdo das famílias modernas, cuja tendência atual é o surgimento de rearranjos dos modelos existentes, deve-se principalmente, ao declínio do patriarcalismo, que conseqüentemente equiparou o homem e a mulher dentro da família. A desigualdade de deveres entre os cônjuges foi o conseqüentário natural do paradigma familiar que vigorou na legislação brasileira, vindo a sofrer alteração com o advento da Constituição de 1988.

A nova fundamentação da família determinada pela Constituição de 1988, refletindo as intensas modificações sociais e culturais ocorridas na sociedade brasileira nas últimas décadas do século XX, principalmente pela adoção irrestrita do princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher e entre os filhos.

A história das famílias é um roteiro de rupturas sucessivas em que os agrupamentos se acomodam às mudanças das épocas. As novas espécies de família obtiveram respostas concretas, embora algumas vezes com retardamento. Na verdade, em um passado não tão remoto o que se via era a união estável como alternativa para casais que estavam separados de fato e que não poderiam se casar, eis que não se admitia no Brasil o divórcio como forma de dissolução definitiva do vínculo matrimonial.

Hoje, tal situação vem sendo substituída paulatinamente pela escolha dessa entidade familiar por muitos casais na contemporaneidade. Em suma, no passado, a união estável era constituída, em regra, por falta de opção. Hoje, muitas vezes, por clara opção.

O princípio da intervenção mínima ganhou reforço com a Emenda Constitucional n. 66/2010. Ela aboliu prazos para se requerer o divórcio, separação judicial e discussão da culpa. A questão da autonomia privada assume um novo papel na família contemporânea e não admite mais ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros.

O princípio constitucional da igualdade também alcançou as entidades familiares, não havendo hierarquia entre elas, notadamente entre o casamento e a união estável. Assim, não se justifica que o Código Civil tenha atribuído deveres

distintos para os cônjuges e para os companheiros de união estável. A Constituição não desnivelou a união estável ao estabelecer que a lei deva facilitar a conversão dela em casamento.

Mesmo que a significação das palavras fidelidade e lealdade apontem que a vontade da lei foi a mesma, mudando apenas a palavra, saibamos que quando a lei quis dizer fidelidade, o fez assim mesmo. Pela lógica, caso equiparem a união estável ao casamento, se faz necessário tomar a opção política: ou se permite o casamento plural, para igualar à possibilidade da união estável, ou se muda a lei para instituir fidelidade à união estável.

Por fim, o Código, no entanto, impôs deveres aplicáveis apenas aos cônjuges e não aos companheiros, ou seja, a fidelidade recíproca e a coabitação, o que os torna de constitucionalidade duvidosa. Os referidos deveres de fidelidade recíproca e coabitação e até mesmo o de respeito e consideração mútuos são juridicamente inócuos, pois não há qualquer sanção jurídica para seu inadimplemento durante a convivência conjugal, restando aos cônjuges, exclusiva e intimamente, avaliarem se a conduta contrária pode tornar suportável ou não seu relacionamento.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Fernando Frederico de. **Direito Civil: Família e sucessões**. Barueri, SP: Manole. 2012.

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 09 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em 14 set. 2016.

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Constituição(1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 03 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Maria da Penha**. Lei n. 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em 04 set. 2016. Artigo 5º, paragrafo II e paragrafo único.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp 1.217.415/RS. Relª Min. Nancy Andrighi, J. 19.06.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1217415&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>> Acesso em: 15 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação**. Acórdão n.955534, 20140310318936APC, Relator: MARIA IVATÔNIA 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/07/2016, Publicado no DJE: 27/07/2016.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp 662799-MG. Min. Castro Filho. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=662799&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>> Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 380**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 16 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.278/1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)> Acesso em: 16 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Processo 70008361990, 13.08.2004, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Juiz José Ataídes Siqueira Trindade, origem Comarca de Montenegro.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação com revisão 591.772.4/3, Acórdão 3696215, São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 23.06.2009, DJESP 17.07.2009.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva. 2015.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante**: na teoria e na prática (dos Tribunais). Revista síntese. Revista de Direito de Família. Nº 49 - Ago-Set/2008.

GOECKS, Renata Miranda. Vitor Hugo Oltramari. **A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar frente aos princípios constitucionais aplicáveis**. Revista IOB de direito de família. Ano IX, RDF Nº 45 – dez. jan./2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. Revista síntese. Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 26. p. 6. Disponível em: <<http://www.bdr.sintese.com>> Acesso em: 14 set. 2016.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1. ed. Barueri: Manole. 2009. p. 30.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **União estável**. Revista IOB – Trabalhista e Previdenciária. Ano XXI. nº 52 – Jun./2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito da família.** 42ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Atual. PEREIRA, Tânia da Silva. 24. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução.** Rio de Janeiro: Forense. 2001. APUD GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante: na teoria e na prática (dos Tribunais).** Revista síntese. Revista de Direito de Família. Nº 49 - Ago-Set/2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

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

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família.** 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v. 6.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Responsabilidade Civil dos Conviventes.** Revista Síntese. Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 3 - Out-Nov-Dez/99. p. 32. Disponível em< <http://www.bdr.sintese.com>> Acesso em: 13 set. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. 5. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 15. ed. São Paulo: Atlas. v. 6. 2015.