

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

TATIANE CRISTINE DA SILVA MONGE

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL – EQUIPARAÇÃO LEGISLATIVA

MARÍLIA
2010

TATIANE CRISTINE DA SILVA MONGE

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL – EQUIPARAÇÃO LEGISLATIVA

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Prof. ROBERTO BRIANEZI DE LIMA

MONGE, Tatiane Cristine da Silva

Casamento e união estável – equiparação legislativa/Tatiane Cristine da Silva Monge; orientador: Roberto Brianezi de Lima. Marília, SP: [s.n.], 2010.

87f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

1. Família.
2. Casamento.
3. União estável.
4. Proteção.
5. Equiparação.

CDD: 342.162



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Tatiane Cristine da Silva Monge

RA: 38006-7

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL - EQUIPARAÇÃO LEGISLATIVA

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 100

ORIENTADOR(A): 
Roberto Brianezi de Lima

1º EXAMINADOR(A): 
Tayon Soffener Berlanga

2º EXAMINADOR(A): 
Christiane Splicido

Marília, 03 de novembro de 2010.

Aos meus pais, Cristina e José
Carlos, com todo o amor que houver
nessa vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pela vida e saúde, oportunidades e conquistas e, por sempre estar presente em minha vida me dando forças para enfrentar todas as dificuldades.

A toda minha família pelo amor, carinho e todo o apoio dado durante a execução desse trabalho e durante toda a minha vida, em especial aos meus pais, meus exemplos, pelo suporte, compreensão, amizade e confiança. Que eu possa retribuir-lhes todo o amor e dedicação e um dia fazer com que sintam muito orgulho de mim.

Ao Nélio, meu querido companheiro, por todo o amor, carinho, paciência e companheirismo. Por me fazer uma pessoa mais feliz e especial e por estar sempre ao meu lado.

Aos meus queridos amigos Amanda, Leandro e Valeska, por toda a ajuda e amizade durante os 5 anos de faculdade e à querida Jordana, por toda companhia, apoio e amizade nos últimos dias.

À Procuradoria da República em Marília, onde tive o prazer de estagiar durante os dois últimos anos de faculdade, pelos dias felizes que foram proporcionados. Em especial aos amigos:

- Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procurador da República, um grande exemplo de pessoa e de profissional, pelos ensinamentos e oportunidades;
- Mariana e Josiane, pela amizade, apoio e por fazerem com que as tardes de trabalho fossem mais divertidas;
- José Rubens, querido amigo, por toda a paciência e dedicação que nunca serão esquecidos;
- Aline, André e Suellen, por serem mais que companheiros de trabalho, grandes amigos, por fazerem minhas tardes mais agradáveis e por estarem sempre ao meu lado.

Ao professor Roberto Brianezi de Lima, a quem agradeço imensamente por aceitar ser o meu orientador, por toda a atenção concedida na realização desse trabalho e pelas palavras de incentivo concedidas nos momentos de cansaço.

Ao professor Tayon Soffener Berlanga por, no último ano de faculdade, ter me proporcionado a oportunidade e a honra de ser sua monitora.

À Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha e a todos os professores do curso de Direito por toda minha formação acadêmica.

“Desfazendo a família, desfaz-se a sociedade inteira. A família é anterior e superior à sociedade, tal como a sociedade é anterior ao Estado. Sem pessoa não há família. Mas sem família a pessoa quebra, não amadurece ou estrutura-se mal. Sem família não há sociedade. Sem sociedade não há Estado. O próprio futuro e sobrevivência do Estado dependem da família.”

Aquilino Polaino-Lorente

MONGE, Tatiane Cristine da Silva. Casamento e união estável – equiparação legislativa. 2010. 87 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo de estudo os institutos do casamento e da união estável, tanto de forma individual quanto de forma comparativa, inclusive estabelecendo os pontos positivos e negativos de cada um e as hipóteses em que a legislação equipara ambos os institutos. Atualmente, tanto o casamento quanto a união estável são protegidos pelo Estado como forma de constituir família, porém nem sempre tal proteção foi garantida da mesma forma aos companheiros e aos cônjuges. O casamento sempre foi protegido como forma de constituir família, sendo, inclusive, nos dias atuais, a forma mais aceita pela sociedade. Todavia, a união estável, com o passar dos anos, ganhou seu espaço e foi na Constituição Federal de 1988 que tal instituto foi reconhecido como forma de constituir família, estando, assim, sob a proteção do Estado. Tanto o casamento quanto a união estável possuem vantagens e desvantagens, tudo dependendo do caso concreto, podendo, em cada caso, ser mais ou menos vantajoso para os companheiros. Além disso, apesar de todas as diferenças, existem hipóteses em que a legislação equipara os cônjuges aos companheiros, garantindo-lhes os mesmos direitos e obrigações. Assim, apesar de ambos serem formas de constituir família, não é correto afirmar que os institutos são iguais, pois não foi essa a finalidade da lei, afinal, caso a união estável e o casamento fossem equiparados em todos os aspectos, ficaria sem sentido a existência da união estável, além de estabelecer afronta direta ao postulado que garante a liberdade dos indivíduos em escolher a forma pela qual constituirão sua família. Em suma, a finalidade do legislador, ao garantir à união estável proteção do Estado, foi dar a devida proteção à família, não importando a forma pela qual foi constituída.

Palavras-chave: Família. Casamento. União estável. Proteção. Equiparação.

MONGE, Tatiane Cristine da Silva. Casamento e união estável – equiparação legislativa. 2010. 87 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

ABSTRACT

This research aims to study the institutes of marriage and Consensual marriage, both individually and as in a comparative way, including establishing the positives and negatives of each, and the assumptions on which the law treats both institutes. Nowadays, both marriage and the consensual marriage are protected by the state as a way of starting a family, but such protection was not always guaranteed equally to partners and spouses. Marriage has always been protected as a way of starting a family, and even today, it is the most accepted by society. However, consensual marriage, over the years, got its place in the Federal Constitution, in 1988 and it was recognized as a way of starting a family, therefore, under the protection of the State. Both marriage and the consensual marriage, they have advantages and disadvantages, all of them depending on the case, in each case, it can be more or less advantageous to the other. In addition, despite all the differences, there are cases where the legislation equates the spouses to companions, ensuring them the same rights and obligations. Although both are ways of starting a family, it is not right to assure that the institutes are equal, because that was not the purpose of the law, after all, if the consensual marriage and marriage were assimilated in all aspects, It would be pointless the existence of consensual marriage, in addition to establish direct affront to the postulated that guarantees the freedom of individuals to choose the way they will constitute their family. Summing up the purpose of the legislator, to ensure the consensual marriage state protection, It was to give due protection to the family, regardless the way the family constituted.

Keywords: Family. Marriage. Consensual marriage. Protection. Assimilation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.....	13
1.1 Aspectos iniciais.....	13
1.2 A família nas sociedades primitivas.....	15
1.3 A família romana.....	17
1.4 A família no Direito Canônico.....	20
1.5 A família moderna.....	22
1.6 Princípios constitucionais norteadores do Direito de Família.....	24
1.6.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.....	24
1.6.2 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros.....	25
1.6.3 Princípio da igualdade na chefia familiar.....	26
1.6.4 Princípio da igualdade entre filhos.....	27
1.6.5 Princípio da solidariedade familiar.....	28
1.6.6 Princípio da não intervenção.....	29
1.6.7 Princípio do melhor interesse da criança.....	30
1.6.8 Princípio da afetividade.....	31
1.6.9 Princípio da função social da família.....	31
CAPÍTULO 2 – DO CASAMENTO.....	33
2.1 Conceito de casamento.....	33
2.2 Natureza jurídica.....	34
2.3 Características principais e suas finalidades.....	36
2.4 Pressupostos de caracterização.....	38
2.5 Formalidades.....	40
2.6 Efeitos jurídicos do casamento.....	42
2.7 Extinção do casamento.....	44
2.7.1 Casamento nulo e anulável.....	44
2.7.2 Separação judicial.....	48
2.7.3 Divórcio.....	51
2.7.4 Morte.....	54
CAPÍTULO 3 – DA UNIÃO ESTÁVEL.....	55
3.1 Conceito e aspectos iniciais da união estável.....	55
3.2 Natureza jurídica.....	57
3.3 Características principais.....	58
3.4 Requisitos.....	60
3.4.1 Diversidade de sexos.....	61
3.4.2 Convivência pública.....	61
3.4.3 Convivência contínua.....	62
3.4.4 Convivência duradoura.....	62
3.4.5 Objetivo de constituição de família.....	63

3.5 Direitos e deveres na união estável.....	64
3.6 Formalidades.....	67
3.7 Extinção da união estável.....	68
CAPÍTULO 4 – EQUIPARAÇÃO LEGISLATIVA DOS INSTITUTOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL.....	70
4.1 Aspectos iniciais.....	70
4.2 Pontos positivos da união estável.....	72
4.3 Pontos negativos da união estável.....	74
4.4 Pontos positivos do casamento.....	76
4.5 Pontos negativos do casamento.....	78
4.6 Hipóteses em que a legislação equipara o cônjuge ao companheiro(a).....	79
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS.....	83

INTRODUÇÃO

A entidade familiar, como não poderia deixar de ser, é devidamente protegida pelo Estado, sendo que este garante àquela toda a guarda e proteção que lhe é de direito, assegurando-a da interferência de terceiros, garantindo os direitos que são devidos aos membros de toda a família, bem como averiguando se os deveres que são atribuídos a todos os seus membros estão sendo devidamente cumpridos.

Apesar da família sempre ter existido, sua forma de constituição sofreu alterações ao longo dos tempos. O casamento sempre foi a forma mais comum e aceita dentre toda a sociedade, existindo época em que nenhuma outra forma era bem vista aos olhos da sociedade.

Ao longo dos anos, com a evolução dos homens e das leis, surgiram novas formas de constituir família, diversas do casamento, como por exemplo, a união estável, ou seja, união sem casamento, passando esta a ganhar espaço dentro da sociedade. Todavia, a proteção dada à família nem sempre existiu da forma como é conhecida hoje, sendo que, somente as uniões iniciadas com o matrimônio eram passíveis de proteção legal. Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que a proteção às famílias constituídas, não só por meio do casamento, mas também da união estável e da família monoparental, foi de fato assegurada.

Assim, como a família constituída por meio do casamento entre o homem e a mulher era devidamente protegida pela legislação vigente, não poderia a entidade familiar formada através da união estável ou mesmo a constituída por um dos pais e seus filhos, denominada família monoparental, ficar à margem da proteção legal, como ficou por vários anos. Afinal, o intuito da lei é proteger a família, independentemente da forma pela qual foi constituída.

Dessa forma, o presente trabalho visa analisar como a união estável foi ganhando seu espaço entre as famílias, além de analisar cada instituto, união estável e casamento, de forma separada e, posteriormente de forma conjunta, estabelecendo as características de cada um com destaque para suas vantagens e desvantagens, além de estabelecer casos em que o texto da lei trata os cônjuges e os companheiros de forma igualitária.

A pesquisa será apresentada em quatro capítulos.

No primeiro capítulo será feita uma análise histórica da família, desde a época primitiva, passando pela família romana, principal referência para a família brasileira, seguido de um breve relato sobre a família sob o aspecto do direito canônico para, posteriormente, analisar a família moderna conhecida nos dias atuais.

Ainda no primeiro capítulo será feita uma análise sobre alguns princípios constitucionais do Direito de Família merecedores de destaque, a fim de que se possa ter uma visão mais ampla dos institutos do casamento e da união estável, objetos de estudo da presente pesquisa.

No segundo capítulo será estudado o instituto do casamento de forma individual, com destaque para suas principais características, formalidades e pressupostos de caracterização. Além do mais, serão analisadas suas finalidades, seus objetivos e alguns conceitos trazidos pela doutrina.

Já no terceiro capítulo, o estudo se volta para o instituto da união estável, que assim como o casamento foi analisado de forma individual. Serão destacados seus requisitos, quais sejam, união pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher e com o objetivo de constituir família, requisitos estes essenciais para sua configuração, bem como suas características e finalidades.

Por fim, o quarto capítulo traz uma análise comparativa entre ambos os institutos, destacando os pontos positivos e negativos de cada um, além de estabelecer em quais hipóteses a legislação os equipara.

Em remate, o presente trabalho tem por escopo analisar comparativamente o casamento com a união estável, já que ambos são formas de constituir família e devem ser protegidos pela lei

CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Para tratar dos institutos da união estável e do casamento, com a conseqüente comparação entre eles, objetivo do presente trabalho, importante se faz trazer uma retrospectiva da família, analisando-a desde a época primitiva e como se deu sua evolução ao longo da história até se formar a família moderna, hoje conhecida por todos, o que será analisado adiante.

1.1 Aspectos iniciais

Com o intuito de melhor compreender os dois institutos formadores da família estudados no presente trabalho, quais sejam, casamento e união estável, é de rigor que se estabeleça, em primeiro plano, a origem e as definições da família, haja vista que sua existência precede o surgimento de tais institutos.

O vocábulo família provém do latim, do verbete *famulus*, que significa domésticos, servidores, escravos, criados. Tal expressão, inicialmente, foi utilizada para designar um conjunto de empregados de um senhor, sendo, posteriormente, utilizada para determinar um grupo de pessoas que, unidas por laços de sangue, viviam na mesma casa e estavam subordinadas à autoridade de um mesmo chefe (PRETTI, 2002).

O conceito da família sofreu alterações ao longo dos tempos, até se formar a família dos dias atuais. A tradicional ideia de família embasa-se naquela em que sua formação se dá pela união do homem e da mulher, através do casamento e seus filhos. Com o passar do tempo, mais precisamente com a Constituição Federal de 1988, o Estado passou a proteger e reconhecer a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos pais e seus filhos, bem como reconheceu a união estável entre o homem e a mulher, sem casamento, como sendo forma de constituir família.

Não há, porém, um conceito único de família, podendo esta ser definida de diversas maneiras. O Código Civil de 2002 protege a família e suas formas de constituição, assim como a Constituição Federal de 1988, apesar de não defini-la, porém a doutrina nos traz alguns conceitos. Assim leciona Venosa (2009, p. 2):

Desse modo, importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e

colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em *conceito restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular, a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental, conforme disposto no § 4º do art. 226: *‘Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’*. (grifo do autor).

É neste mesmo sentido que lecionam Diniz (2002) e Rodrigues (2002), estabelecendo que, sob o aspecto amplo, a família pode ser definida como a formação de todas as pessoas ligadas por um vínculo de sangue ou de afinidade, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos e afins, sendo estes denominados os parentes do cônjuge.

Ainda fazendo referência aos diversos conceitos de família, Nader (2006, p. 3 apud ROCHA, 2008), estabelece que família “consiste em uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum”.

Assim, conclui-se que a família é uma sociedade formada por indivíduos unidos por laço sanguíneo ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade, conforme transcrito acima, se dá com o casamento e a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar, de acordo com o conceito estabelecido de forma ampla de família.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabeleceu que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.” Assim, só existe a sociedade porque existe a família, sendo que a família é a base da sociedade. As famílias vão sendo formadas, cada qual com suas características e em seu ambiente, e estas, ao se interligarem passam a conviver umas com as outras, formando a comunidade, que, ao conviver com outras comunidades, formam a sociedade.

Daí a importância da família e o porquê de ser ela protegida pelo Estado.

Agora passaremos a analisar a evolução histórica da família desde a época primitiva até a família moderna e atual, conhecida por todos.

1.2 A família nas sociedades primitivas

Nas sociedades primitivas, a preocupação existente era com a satisfação das necessidades básicas, sendo o principal problema do homem, prover a sua subsistência. Assim, o solteiro era uma raridade nessa época da história (VENOSA, 2009, p. 23).

Em tais sociedades as relações sexuais se davam entre todos os integrantes de uma mesma tribo, pouco importando o grau de parentesco entre eles. Observa-se, assim, que nesta época existia a prática reiterada do incesto, ou seja, as pessoas mantinham relações sexuais com parentes próximos, como pais, irmãos, sem que isto tivesse muita importância (ENGELS, 1997, p. 30).

De acordo com Engels (1997, p. 31):

Reconstituindo retrospectivamente a história da família Morgan chega, de acordo com a maioria de seus colegas, à conclusão de que existiu uma época primitiva em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres.

O dever de fidelidade existente hoje não era respeitado, afinal um homem pertencia a várias mulheres e vice-versa. Ressalta-se que esta concepção de família é diversa da atualmente conhecida por todos, na qual o casal se une com o objetivo de conviverem juntos, terem e criarem seus filhos, proverem as necessidades um do outro, tanto as físicas quanto as materiais, entre outros.

Outro aspecto a se ressaltar é que nesta sociedade a família era tipicamente matriarcal, em que a mãe era sempre conhecida, já que as relações eram cada hora tidas com uma pessoa. Dessa forma era a mãe que cuidava e educava os filhos. Diferentemente ocorria nas famílias romanas, que serão estudadas logo abaixo, em que a família tinha caráter patriarcal, já que o homem mais velho exercia o poder sobre todos os demais membros da família, sejam filhos, criados ou cônjuge. Era o denominado pai de família (VENOSA, 2009, p. 3).

Leciona Venosa (2009, p. 3) a este respeito:

No estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que a alimentava e educava.

Engels (1997, p. 31) ainda nos traz que nas sociedades primitivas não existe propriamente uma relação conjugal individualizada, mas relações familiares promíscuas.

Com o passar dos tempos, o homem, antes de procurar mulheres pertencentes a seu grupo, passou a se relacionar com mulheres de outras tribos, caracterizando, dessa forma, as relações individuais e, portanto, deixando de lado, aos poucos, as relações grupais.

Isso não significa que o homem passou a ter somente uma mulher. Ocorre que passou a diminuir suas relações, estando cada vez mais ligado à ideia de ter somente uma esposa. Antes, conforme citado acima, todos os homens eram de todas as mulheres e vice-versa e com o passar do tempo essa tendência foi diminuindo, passando, cada vez mais, a parecer com as relações tradicionais hoje conhecidas.

Engels (1997, p. 48-49) estabelece em sua obra sobre a origem da família que:

O impulso dado pela gens à proibição do matrimônio entre parentes consangüíneos levou as coisas ainda mais longe. Assim, vemos que entre os iroqueses e entre a maior parte dos índios da fase anterior à barbárie, está proibido o matrimônio entre todos os parentes consangüíneos reconhecidos pelo seu sistema, na qual há algumas centenas de parentescos diferentes. Com certa crescente complicação das proibições de casamento, tornaram-se cada vez mais impossíveis as uniões por grupos [...]. Nesse estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado.

Para Venosa (2009, p. 3), foi nessa época que os historiadores fixam a primeira manifestação contra o incesto, tendo em vista a diminuição das relações grupais e o aumento das relações individuais.

As relações entre os homens, ao se tornarem individuais, fazem surgir a monogamia. A bigamia, que consiste em pessoa casada que se casa novamente, constitui crime, previsto no Código Penal Brasileiro em seu artigo 235.

O crescimento da sociedade se deu com o surgimento da família monogâmica, tendo em vista que esta impulsiona os casais a terem filhos, ocorrendo, assim, os relacionamentos entre uma família e outra, formando e aumentando a sociedade.

Podemos afirmar que a família teve uma influência muito grande do povo romano, bem como influência canônica. Todavia, o modelo de família brasileiro encontra sua origem na família romana, que passaremos a analisar a seguir.

1.2 A família romana

Devido ao fato de que o modelo de família brasileiro foi influenciado pelo modelo romano, torna-se de fundamental importância analisá-lo com maiores detalhes a fim de que o modelo adotado pelo Brasil seja melhor compreendido, imprescindível para a conclusão do presente trabalho.

Em primeiro lugar cabe destacar que foi na Antiga Roma que se sistematizaram normas severas que fizeram da família uma sociedade patriarcal, haja vista que a família romana era organizada, preponderantemente, no poder e na posição do pai (VENOSA, 2009, p. 23).

Tal conclusão deve-se ao fato de que a figura mais importante da família romana era o denominado *pater familia* ou o pai de família. Sua figura consistia num homem que fosse o mais velho e, portanto, o mais sábio. Ele tinha o poder absoluto sobre os demais membros da família, devendo, todos estes, obediência e respeito ao pai de família (VENOSA, 2009, p. 23). Para Wald (1995, p. 22), a família romana era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a pátria potestas do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consanguinidade, afinal, o *pater familia* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. Em suma, era o chefe da casa (GOMES, 1999).

Assim, podemos afirmar que a família romana se constituía como um conjunto de pessoas que estavam subordinadas ao mais velho do grupo, devendo ser este um membro do sexo masculino, afinal, o próprio nome nos traz expressamente que este indivíduo é constituído na figura de um homem (pai – masculino), não se referindo à mãe de família.

O *pater familia*, ainda, tinha o poder de punir os membros de sua família, fazendo isso com base em suas leis e de acordo com sua conveniência, com o que entendia por certo e errado. Conclui-se, portanto, que o pai de família exercia as funções de juiz, legislador, orientador, sacerdote, entre outros, devendo todos obediência a ele (VENOSA, 2009, p. 23).

Venosa (2009, p. 23) nos ensina que a família romana era um grupo numeroso formado por um ramo principal e um ramo secundário, sendo este formado por serviçais e clientes que conservavam sua unidade baseada na religião comum.

Com isso, outra característica que é de suma importância ser ressaltada é a que a família romana era constituída pela identidade de cultos, ou seja, diferentemente do que temos hoje, na família romana. Além do vínculo familiar sanguíneo, existia a familiaridade por meio

dos cultos. Em outras palavras, a família romana era constituída com base na identidade de religião e culto aos antepassados, cultos estes que eram dirigidos pelo *pater*, exercendo, assim, o seu poder. A família cultuava seus antepassados para que dessa forma nem a morte separasse os membros de uma mesma família. Cabe destacar, ainda, que a família romana tinha autonomia econômica, política e religiosa. Assim, possuía uma religião própria, que cultuava os seus antepassados (VENOSA, 2009, p. 23).

Nesta época, a mulher tinha um papel totalmente secundário. Até seu casamento, ela participava do culto de seu pai e, após o casamento, era integrante do culto do marido, passando a reverenciar os antepassados dele. Dessa forma, conclui-se que a mulher estava sempre subordinada ao homem, seja ele seu pai ou seu marido.

Nos ensinamentos de Venosa (2009, p. 23):

A mulher romana apenas participava do culto do pai ou do marido, porque a descendência era fixada pela linha masculina. Durante a infância e a puberdade, era subordinada ao pai; após o casamento, ao marido. O pai tinha o direito de lhe designar um tutor ou marido para após sua morte. A viúva subordinava-se aos filhos e, na ausência destes, aos parentes próximos do marido falecido.

No mesmo sentido, Gomes (1999, p. 39) leciona que:

No direito romano, dividiam-se as pessoas quanto ao estado na família – *status familiae* – em *sui juris* e *alieni júris*. Na primeira categoria situava-se o *pater familias*, na segunda, as pessoas submetidas ao seu poder. Os filhos não se emancipavam, como ocorre atualmente, ao atingirem certa idade. A mulher jamais ascendia à posição de *pater familias*, conquanto adquirisse, em determinadas circunstâncias, a condição de *sui juris*.

Conforme explicação acima, o *pater família* era o “chefe” de todos os membros dela integrantes, sendo constituída na pessoa do sexo masculino. Assim, quando o pai de família morria, era o filho homem mais velho quem dirigia os cultos a serem realizados. Por este motivo é que o celibato não era bem aceito nas famílias romanas, diferentemente da adoção, considerada necessária para a perpetuação dos cultos, que era passada de pais para filhos (VENOSA, 2009, p. 4). Por tal motivo, a adoção era bem aceita, pois, caso o casal não pudesse ter filhos, não haveria descendentes para dar o devido prosseguimento aos cultos.

Vale salientar que há uma ressalva na explanação acima. Após o falecimento do pai de família, para que os cultos continuassem a ser realizados, era necessário que o filho que fosse o substituto do pai fosse legítimo, havido dentro do casamento, não podendo ser um filho bastardo. Este não poderia ser o continuador dos cultos aos antepassados, ou seja, o

substituto do pai de família (VENOSA, 2009, p. 4).

Em Roma existiam várias figuras de matrimônio. O primeiro deles é a *conferratio*. Essa modalidade de casamento era constituída de forma solene, por meio de cerimônia religiosa, sendo seguido um ritual. Era necessário que fosse realizado na presença de várias testemunhas para que fosse considerado válido, além de ser realizado perante uma autoridade (VENOSA, 2009, p. 23).

Verifica-se que essa denominação (*confarreatio*) foi dada devido à existência de uma torta de cevada que era dividida entre os nubentes como símbolo da vida em comum que com a cerimônia do casamento se iniciava, estando aí a origem do bolo de noiva (VENOSA, 2009, p. 23).

Outra modalidade de união existente era a *coemptio*, que era estabelecida sem nenhuma influência religiosa, tendo apenas cunho civil. O titular do pátrio poder vendia a mulher ao seu marido, não existindo, portanto, a cerimônia religiosa como na *conferratio*. Era como se fosse realizado um contrato de compra e venda. O que representava essa modalidade de casamento era justamente a venda (VENOSA, 2009, p. 23).

Finalmente, uma última forma de constituição de união entre um casal era o *usus*. Como o próprio nome estabelece, a união por meio do *usus* constitui a submissão da mulher ao homem depois de decorrido um ano de convivência. Assim, o homem e a mulher coabitavam pelo prazo de um ano e após esse período esta se submetia ao marido (VENOSA, 2009, p. 24).

Vale ressaltar que a ocorrência do *usus* se dava da mesma forma que a usucapião, pois o homem detinha a “posse” prolongada e contínua da mulher por um certo período de tempo, no caso, um ano. Para a devida caracterização do *usus*, era necessário que a mulher, no período de um ano, não se ausentasse do lar conjugal por três noites consecutivas. Portanto, se tal fato ocorresse (*usurpatio trinoctii*), era um impedimento para que o *usus* se contemplasse (VENOSA, 2009, p. 24).

Essas três modalidades de matrimônio, acima expostas, faziam com que a mulher perdesse todo e qualquer vínculo com sua família (família de seu pai), passando a se relacionar somente com a família de seu marido, tornando esta a sua família após o matrimônio. Por esse motivo, tais matrimônios eram e são chamados de *cum manum* (WALD, 1995, p. 23).

Para Wald (1995, p. 23), o casamento com a *manus*, que se realizava mediante solenidades especiais, como a *conferratio*, a *coemptio* e o *usus*, foi sendo substituído pelo casamento sem *manus*. Com o casamento sem *manus*, a mulher poderia continuar sob a

autoridade paterna, não se submetendo ao seu marido e não perdendo todo e qualquer vínculo com a família de seu pai.

Venosa (2009, p. 24) traz uma explanação que nos possibilita entender de maneira clara tal instituto. Vejamos:

[...] a lei reconhece o casamento *sine manu*, sem qualquer outra exigência, nem mesmo de convivência. Essa modalidade de casamento, que desonera a mulher dos vínculos estreitos com a família do marido, passa a ocupar lugar predominante nos matrimônios a partir do período da República. Na época clássica, os casamentos *cum manum* passam a ser excepcionais, abolindo-se definitivamente o *usus*. A *confarreatio* ficou limitada a um reduzido número de pessoas, pois os aspirantes a altos cargos sacerdotais deveriam provir por nascimento dessa modalidade de casamento.

Ainda tratando da família romana e suas formas de constituição, vale ressaltar que, neste cenário, a existência de filhos era essencial, afinal, conforme devidamente citado acima, a família romana, concentrada na figura do *pater familia*, era constituída por um vínculo religioso e de culto que era presidido pelo *pater* e, com seu falecimento, quem assumia a direção dos cultos era o filho homem mais velho.

Com o passar do tempo a família romana evoluiu, e com esta evolução houve uma restrição na autoridade do *pater familia*, atribuindo-se uma maior autonomia à mulher e aos filhos.

1.4 A família no Direito Canônico

Em primeiro lugar, cabe lembrar que no Direito Canônico o poder é deslocado para a Igreja Católica, que era competente para elaborar as leis. Assim, a única e principal forma de se constituir família era por meio do casamento, sendo que qualquer outra forma não era aceita pela Igreja.

Para o Direito Canônico o matrimônio era um sacramento, mais que um contrato, uma união realizada por Deus, mediante acordo de vontades entre os nubentes. A família no Direito Canônico era tida como base de religiosidade, sendo o matrimônio não apenas um acordo de vontades, mas também um sacramento (WALD, 1995, p. 25).

Por tal motivo, ser uma união formada por Deus, é que os canonistas não eram coniventes com o divórcio, considerando este um ato contrário à própria formação da família e aos interesses dos descendentes e, por ser considerado um sacramento, os homens não podiam dissolver o que Deus uniu (WALD, 1995, p. 25). Assim, para eles, o divórcio era

contrário à própria índole da família.

Conclui-se, assim, não podendo ser diferente, a predominância do caráter religioso nos matrimônios para os canonistas.

Nesse sentido Wald (1995, p. 25) afirma que:

Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não reveste o caráter sagrado do casamento católico.

No tocante aos impedimentos do matrimônio, ou seja, as impossibilidades de determinadas pessoas se casarem, estes possuem origem no direito canônico, que preservava o casamento como sacramento, devendo ser constituído da forma mais pura possível. Assim, é aqui que surge a proibição de matrimônio entre pessoas da mesma família, por exemplo (WALD, 1995, p. 25).

Para a Igreja, o matrimônio sempre foi visto como a única forma de se constituir família, pois o cristianismo considera que a família deve ser fundada através do casamento, devendo a família ser constituída e formada por Deus (GOMES, 1999, p. 40). Por isso, a igreja sempre condenou as uniões tidas fora do casamento, não admitindo o reconhecimento de filhos havidos nessas uniões.

Para a Igreja, o matrimônio era constituído com base na vontade dos contraentes, sendo esta declarada na presença do sacerdote e em público. Todavia este matrimônio só era consumado após a conjunção carnal, ou seja, caso os nubentes não tivessem praticado relação sexual, o casamento não teria se consumado (WALD, 1995).

Pelo direito Eclesiástico era possível a dissolução do casamento. Entretanto, tal dissolução somente era possível se o matrimônio não tivesse sido consumado, não existisse a ocorrência de relações sexuais, mesmo existindo a declaração de vontade dos contraentes e sendo a união formalizada na presença de Deus (GOMES, 1999, p. 40).

Gomes (1999, p. 40) nos traz alguns ensinamentos sobre este tema, afirmando que:

A igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por longo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em consequência, é a influência do direito canônico na estruturação jurídica do grupo familiar.

Após a análise das três espécies de família acima elencadas, passaremos a discorrer brevemente sobre a família moderna, atualmente conhecida por todos com sua devida

proteção assegurada pela lei.

1.5 A família moderna

A família moderna, hoje conhecida por todos, é aquela, em sentido estrito, formada pelos pais e seus filhos. Por esse aspecto, nota-se que a base da família não mudou muito ao longo dos tempos. O que se alterou, de início, foi a forma de constituição da família.

Assim, hoje, a mulher não está mais submissa ao homem (marido) e à sua família, alcançando os mesmos direitos que ele (VENOSA, 2009, p. 5). Tal direito, ou seja, a igualdade entre homem e mulher, é devidamente assegurado pela Constituição Federal.

Da mesma forma não existe a venda da mulher, tampouco a aquisição de sua “posse” por coabitar juntamente com o homem por mais de um ano.

Na família moderna não é o homem quem detém o poder absoluto sobre os outros membros dela, não existindo mais a figura do *pater familia*. Ao contrário, hoje, tanto a mulher, quanto o homem possuem igualdade de poderes e de gestão da família e ambos são responsáveis por cuidar dos filhos, sendo que o poder exercido pelos pais sobre seus filhos é denominado poder familiar.

Hoje, a forma mais comum de se constituir família é por meio do casamento, realizado com todas as formalidades previstas em lei. Porém, não podemos deixar de lado a união sem casamento, denominada união estável. Por esta união entende-se o relacionamento contínuo, duradouro e com o objetivo de constituir família (art. 1.723 do Código Civil de 2002), protegida como tal pela Constituição Federal.

O Código Civil de 1916 nada estabelecia a respeito da regulamentação da união estável, sendo a família constituída fora do casamento considerada ilegítima (RODRIGUES, 2002, p. 13). Conclui-se, portanto, que a união estável encontrava-se à margem da proteção legal.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 passou-se a reconhecer a união estável como entidade familiar, estando, portanto, sob a proteção do Estado (artigo 226, § 3º, da Constituição Federal).

Durante algum tempo o termo concubinato foi utilizado como sinônimo de união estável. Todavia, atualmente é utilizado para designar o concubinato impuro ou adúlterino, ou seja, as relações eventuais entre o homem e a mulher impedidos de se casarem. É o caso do homem ou da mulher que possui um(a) amante. Assim, o concubinato adúlterino não se

confunde com a união estável, aquele sempre existiu. O concubinato adúltero não gera nenhum efeito, ao contrário da união estável, conforme se verá adiante.

Portanto, antes da Carta Política de 1988, não era dada à união estável a proteção e segurança que é conferida ao casamento. Assim, os companheiros não gozavam os mesmos direitos que os cônjuges, como o direito a alimentos, habitação, entre outros.

Dessa forma, com o advento da Constituição Federal, surge a proteção à união estável, reconhecendo-a como entidade familiar, suprimindo, dessa forma, a omissão do legislador de 1916.

Com a finalidade de regulamentar o disposto na Constituição Federal e o direito a alimentos e à sucessão dos companheiros, surgiu a Lei nº 8.971/1994, estabelecendo que a companheira teria direito a alimentos, desde que comprovasse a convivência há mais de 5 anos ou prole em comum com o companheiro, enquanto não constituir nova união, além de comprovar a necessidade dos alimentos, estabelecendo, ainda, as hipóteses em que a companheira teria direito na sucessão do companheiro.

Referido diploma legal aduz, ainda, que o(a) companheiro(a) sobrevivente, na falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança do *de cuius*, além de outras possibilidades de sucessão.

Em 1996 surge a Lei nº 9.278 com o objetivo de complementar a legislação de 1994 e regulamentar o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Estabelece tal diploma legal que os conviventes possuem direitos e deveres recíprocos, tais como respeito e considerações mútuos, assistência moral e material recíprocas, guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

O Código Civil de 2002 trouxe em seus artigos 1.723 a 1.727 a regulamentação da união estável, que agora se encontra protegida pelo Estado como uma forma de constituir família. Vale ressaltar que com o advento do Código Civil de 2002, as legislações anteriores que tratavam da união estável não foram revogadas, tendo sido revogadas apenas as disposições em contrário. Adiante será realizado um estudo mais detalhado a respeito da união estável e a sua respectiva regulamentação.

Por este lado, observa-se que a legislação evoluiu no sentido de, cada vez mais, dar aos conviventes os mesmos direitos e as mesmas garantias asseguradas aos cônjuges, protegendo a família legítima, mesmo que constituída fora do casamento.

Dessa forma, o que se procura proteger com a regulamentação da união estável é a entidade familiar, sendo irrelevante a forma como ela surgiu. Assim, a família legítima, mesmo que construída fora do casamento não pode ficar sem a devida proteção legal.

Atualmente é protegida a união estável, assim como a família monoparental, além da “família tradicional”, ou seja, a constituída por meio do casamento, caracterizando, assim, uma evolução da legislação, com o principal objetivo de proteger a família (cônjuge, descendentes, ascendentes, entre outros).

Gomes (1999, p. 3) nos afirma que:

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. Não aboliu o casamento como sua forma ideal de regulamentação, mas também não marginalizou a família natural como realidade social digna de tutela jurídica. Assim, a família que realiza a função de célula da sociedade e que, por isso, ‘tem especial proteção do Estado’ (art. 226, *caput*), tanto é aquela que provém do casamento, como a que resulta da ‘união estável entre o homem e a mulher’ (art. 226, §3.º), assim como a que se estabelece entre ‘qualquer dos pais e seus descendentes’, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, § 4.º).

Da mesma forma, estabelece que a Constituição brasileira de 1988 consolidou a concepção moderna de família, eliminando o poder marital entre os cônjuges e os igualando, por inteiro, em direitos e deveres, conforme artigo 226, § 5º, da Constituição. Enfraqueceu, da mesma forma, a família legítima, ao tutelar a união estável e ao equiparar os filhos matrimoniais e extramatrimoniais ao disciplinar o artigo 226, § 6º (GOMES, 1999, p. 3).

Após toda a análise realizada acima e para uma melhor compreensão dos institutos estudados no presente trabalho, passaremos a discorrer sobre alguns princípios estabelecidos na Constituição Federal como sendo norteadores do direito de família.

1.6 Princípios constitucionais norteadores do Direito de Família

Após a exposição histórica sobre a família, acima articulada, vale analisar brevemente alguns princípios constitucionais que regem o Direito de Família, para assim se ter uma visão mais ampla sobre os institutos do casamento e da união estável, objetos de estudo comparativo do presente trabalho.

1.6.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

É um princípio que merece destaque por fazer parte do conjunto de princípios que regem o Direito de Família e por ser considerado o princípio máximo do Direito Constitucional. É por este motivo que a finalidade de toda norma jurídica, inclusive as normas de Direito de Família, há de se basear no princípio da dignidade da pessoa humana, nunca podendo contrariá-lo, sob pena de inconstitucionalidade, assim como ocorre com os demais princípios constitucionais.

De acordo com tal princípio, toda pessoa possui direito de ser tratada com dignidade independentemente de qualquer requisito ou condição, seja ela raça, sexo, nacionalidade, ou qualquer outro. É um dever de todos e, principalmente do Estado, tratar a todos com dignidade, respeito e igualdade, dignidade esta mínima para que se possa viver em sociedade.

Nery Jr. e Nery R. (2006 apud LIMA, 2009) estabelecem que dignidade da pessoa humana “é o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 1º, estabelece que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Para melhor ilustração da aplicação de tal princípio no âmbito familiar, a título de ilustração, destaca-se a impenhorabilidade do imóvel em que reside a pessoa por ser ele considerado bem de família.

Em várias outras questões práticas deve ser aplicado o princípio da dignidade da pessoa humana para resolver conflitos, sendo considerado este, o ponto de partida do Direito de Família brasileiro, que merece total proteção.

Na base da comunidade familiar deve ser respeitado o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, “garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente” (GONÇALVES, 2009, p. 7).

1.6.2 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros

Este princípio tem por base, como bem haveria de ser, o princípio da igualdade estabelecido no artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo que todos são iguais perante a lei sem distinção de sexo. Da mesma forma o inciso I, do mesmo artigo, dispõe que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Assim, não poderá existir tratamento

diferenciado entre ambos, já que a Carta Maior assim estabelece.

Portanto, da mesma forma, a Carta Política de 1988 reconhece que homens e mulheres são iguais no que se refere ao casamento e à união estável, não havendo diferenças entre marido e mulher na sociedade conjugal, bem como entre companheiro e companheira.

Conforme demonstrado em explicações feitas acima referentes à evolução histórica da família, nas sociedades primitivas, bem como na família romana antiga, a mulher tinha um papel secundário e, por muitas vezes, insignificante na sociedade, haja vista que estava sempre submissa a um homem, seja ele seu pai ou seu marido, sendo este que ordenava o que seria feito ou não, restando à mulher somente a obediência.

Com o passar dos tempos, o papel da mulher na sociedade foi alterado, conquistando sua independência, tanto financeira como espiritual. Seu ingresso no mercado de trabalho, posição antes somente ocupada por homens, foi o marco de várias conquistas.

Portanto, hoje, a mulher é equiparada ao homem, não só quanto aos direitos que antes não possuía, mas também em deveres, inclusive os referentes ao âmbito familiar, ou seja, cuidado e educação dos filhos, manutenção material e espiritual da família, dentre outros.

É por este princípio que tanto o homem quanto a mulher podem pleitear alimentos um ao outro, caso comprovem a necessidade de tais alimentos. O Código Civil de 2002 aderiu a este princípio ao utilizar o termo pessoa, em vez de homem, como fazia o Código de 1916, uma vez que predominava o *pátrio poder*, poder do homem.

Importante ressaltar que essa igualdade também é aplicada à união estável, que possui toda proteção do Estado, como uma forma de se constituir família. Conclui-se, portanto, a existência da proibição de toda e qualquer discriminação entre marido e mulher, assim como entre companheiro e companheira.

1.6.3 Princípio da igualdade na chefia familiar

Em decorrência do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros, surge o princípio da igualdade na chefia familiar. Se a lei estabelece que ambos deverão ser tratados de forma igualitária, da mesma forma, tanto o homem quanto a mulher são considerados responsáveis pela chefia familiar, devendo exercer este papel juntos.

Por este, entende-se que tanto o homem quanto a mulher são responsáveis pela gestão da família, com mútua colaboração. Não cabe mais ao homem somente o trabalho

externo e à mulher somente cuidar da casa e dos filhos, sendo esta, tarefa de ambos. A hierarquia existente, ou seja, a vontade do homem prevalecendo sobre os demais membros da família, inclusive sobre a mulher existente na família romana, conforme análise acima, deixa de existir e cede espaço ao trabalho conjunto do casal com o fim de melhor cuidarem de seus filhos e de suas vidas.

Desaparece, todavia, a figura do *pater familia*, existente no direito romano e surge a igualdade de obrigações e direitos entre o homem e a mulher. Inclusive a expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar”, exercido por ambos os pais, ou seja, pai e mãe conjuntamente, caracterizando mais ainda a predominância do princípio em questão.

Atualmente, tem-se como deveres do casamento, a assistência, o respeito e a consideração mútuos, sendo estes prestados por ambos os cônjuges e companheiros, de acordo com as possibilidades de cada um.

Por fim, ressalta-se que tal princípio encontra respaldo na Constituição Federal em seu artigo 226, § 5º, estabelecendo que: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

1.6.4 Princípio da igualdade entre filhos

Como não poderia deixar de ser, a Carta Política de 1988 veda qualquer discriminação que possa existir entre os filhos, sejam eles naturais ou adotivos ou, ainda, nascidos de uma relação constituída por meio do casamento ou da união estável, incluindo-se também na proteção, os filhos nascidos das conhecidas famílias monoparentais.

O maior princípio consagrado na Constituição Federal é o princípio da igualdade de todos os seres humanos, sem qualquer distinção que possa existir, não podendo ser diferente com relação aos filhos.

Referido princípio é baseado no disposto no artigo 227, *caput* e § 6º, da Constituição Federal, estabelecendo que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Este dispositivo estabelece que todos os filhos devem ser tratados de forma igualitária, não sendo permitida qualquer discriminação entre eles. Não há importância se foram gerados na constância do casamento, da união estável ou fora do casamento, todos possuem os mesmos direitos. Sendo filho, possui todos os direitos assegurados pela lei.

Observa-se que tal princípio constitucional também é aplicado no caso de filhos adotivos ou havidos por meio de inseminação artificial. Estes também possuem direitos, assim como aqueles havidos no casamento (TARTUCE, 2006).

Por tal motivo, não é mais utilizada a expressão “filho bastardo”, bem como “filho adúlterino” ou “incestuoso”, como era utilizado frequentemente, uma vez que se trata de expressões discriminatórias, atentando ao referido princípio (TARTUCE, 2006).

Assim, conclui-se que todos os filhos devem ser tratados da mesma forma, garantindo-lhes todos os direitos assegurados pela lei.

1.6.5 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade é caracterizada como um objetivo da República Federativa do Brasil, prevista no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal Brasileira.

Por solidariedade entende-se o oposto ao individualismo. Assim, conforme lecionam Moraes (1999 apud SCHELEDER, 2009):

denota-se que a solidariedade perpassa os limites do individualismo existencial. “A família deixa de ser considerada um valor em si mesma, passando a ser entendida como merecedora da tutela jurídica na medida em que represente um ambiente no qual seus integrantes possam se desenvolver plenamente. O individualismo, exaltado na lógica ‘cada um por si e Deus por todos’, conforme menciona Maria Celina Bodin de Moraes, “foi substituída pela perspectiva solidarista, em que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores precípuo do ordenamento”.

O princípio da solidariedade familiar implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

Esse modelo atual de família é considerado como família sociológica, na qual se verifica a prevalência de laços afetivos entre seus integrantes; os pais assumem exclusivamente a educação e a proteção de seus filhos, independentemente da existência de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.

A solidariedade deve existir nas relações familiares, sendo indispensável à caracterização de tal princípio no âmbito da família, dos relacionamentos pessoais.

Conforme devidamente explanado acima, com base no princípio da igualdade entre os cônjuges e os companheiros, a obrigação alimentar é recíproca, ou seja, comprovada a necessidade, um pode pedir alimentos ao outro. Tal obrigação também é devida com base no princípio da solidariedade familiar.

Da mesma forma, o respeito, a assistência e a consideração mútuos são deveres entre os cônjuges estabelecidos sob a égide do princípio da solidariedade, pois a solidariedade não

deve ser apenas material, patrimonial, mas também afetiva e psicológica, considerando que um cônjuge deve ser solidário ao outro e aos filhos, sendo tal princípio aplicado nas relações familiares.

1.6.6 Princípio da não intervenção

Dispõe o artigo 1.513 do Código Civil que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Por tal princípio entende-se que não é permitido que ninguém intervenha na sociedade formada pela família. No âmbito familiar não cabe a ninguém a intromissão sem o consentimento dos integrantes da família, uma vez que cada pessoa tem o direito de regular sua vida como bem entende. Cada pessoa é livre para constituir uma comunhão de vida familiar tanto por meio do casamento como por meio da união estável.

Assim como não cabe aos particulares intervirem na comunhão de vida das pessoas, também não cabe ao Estado intervir nas relações familiares íntimas. Ocorre que, por meio de políticas públicas, o Estado pode incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar, além de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações, conforme artigo 227, § 8º, da Constituição de 1988. Trata-se de uma exceção (GONÇALVES, 2009, p. 9).

Nesse sentido, cabe destacar os apontamentos de Diniz (2002, p. 21 apud GONÇALVES, 2009, p. 9):

Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.

Assim, observa-se que o princípio da não intervenção deve ser analisado de forma relativa, uma vez que o Estado pode intervir nas relações familiares de particulares, levando-se em conta outros princípios do direito de família, como por exemplo, o do melhor interesse da criança que será abordado a seguir.

1.6.7 Princípio do melhor interesse da criança

De acordo com o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal:

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

Assim, com base na Constituição, o interesse do menor sempre deverá ser preservado, tanto que no caso de interesses de incapazes a participação do Ministério Público é obrigatória, justamente com a finalidade de assegurar que seus interesses estão sendo devidamente preservados pelas partes.

Conforme será devidamente analisado em momento oportuno, um dos efeitos do casamento é o cuidado e a educação da prole. Ressalta-se que ter filhos não é obrigação ou sequer requisito para que a família possa ser considerada legítima e ter a proteção que lhe é devida. Ocorre que, existindo filhos, é dever dos pais cuidar e educar os mesmos, sob pena de responderem por crime de abandono material e intelectual. Ressalta-se, ainda, que o interesse da criança deve prevalecer, inclusive, sobre os interesses dos pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa que possui entre 0 e 12 anos incompletos e adolescentes aqueles que possuem entre 12 e 18 anos, sendo que, ao completar 18 anos a pessoa se torna maior e capaz para os atos da vida civil.

Ligando tal princípio com o anteriormente estudado, ou seja, o princípio da não intervenção, percebemos que interagem entre si, pois é assegurada a não intervenção nas relações familiares, respeitando o direito de cada família se planejar e decidir o que irá fazer da maneira que melhor lhe aprouver, porém quando há interesses de menores incapazes em disputa, cabe a intervenção do Ministério Público, pois a criança deve ser beneficiada sempre. Neste caso estamos diante de uma exceção.

Assim, podemos concluir que o interesse do menor deverá ser levado em conta, tanto nas relações familiares quanto nas decisões judiciais, como por exemplo, no caso de guarda compartilhada ou de adoção, o que está acontecendo no Superior Tribunal de Justiça, onde tal princípio está imperando em suas decisões.

1.6.8 Princípio da afetividade

O afeto é inerente à família, sendo encontrado em todas elas. É um elemento caracterizador da família, tendo em vista que as relações familiares são formadas por laços de afetividade, seja ela nascida por meio do casamento ou da união estável. A afetividade também é encontrada na denominada família monoparental, haja vista que na relação entre um dos pais e seus filhos há afeto.

Um homem e uma mulher se conhecem por um laço afetivo e assim se inicia a formação da família, sendo seu principal fundamento.

Nos ensinamentos de Gonçalves (2009, p. 8), “tal dispositivo tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir”.

De acordo com Almeida (2010):

Antes de qualquer direito fundamental referente à família, está o direito que toda pessoa tem, desde que nasce até o dia de sua morte: o direito ao afeto, ao amor. É o direito mais importante para o melhor desenvolvimento da saúde física, psíquica e emocional das pessoas, assim como ao desenvolvimento material e cultural da família.

Não sendo o afeto fruto da biologia, deriva da convivência familiar, não do sangue, pelo que se conclui que a chamada posse de estado de filho, por exemplo, nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade entre as pessoas que compõem o núcleo familiar.

Dessa forma, conclui-se que a afetividade está presente em todas as famílias, ainda que em umas de forma mais preponderante do que em outras, sendo que a família se transforma à medida que se acentuam os sentimentos entre seus integrantes.

Ademais, conforme Barros (2003, p. 149 apud ALMEIDA, 2010), o afeto é de extrema importância para a condição humana, haja vista que é caracterizador da pessoa como verdadeiramente humano, “gerando em cada pessoa a solidariedade, que é a única força capaz de construir dignamente a humanidade em todo o agrupamento humano, a partir de sua grei inicial: a família”.

1.6.9 Princípio da função social da família

A família é a base da sociedade, possuindo proteção do Estado, conforme artigo 226, *caput* da Constituição Federal. Assim, para que a devida proteção seja assegurada, as relações familiares devem ser analisadas com base em um contexto social, conforme as diferenças

regionais de cada localidade. Afinal, cada região possui características peculiares que podem diferenciá-la das demais (TARTUCE, 2009).

À medida que a sociedade muda, o direito também muda, uma vez que o direito não é estático e sim dinâmico. A interpretação do direito deve ser feita com base em um contexto social de cada localidade. Conforme evolui a sociedade, é dever do direito acompanhá-la, para que, assim, assegure aos seus membros proteção e tranquilidade.

Ademais, a família é devidamente protegida para que seus membros possam cumprir com sua finalidade, ou seja, cuidarem reciprocamente uns dos outros, suprirem suas necessidades, cuidarem do ambiente em que vivem, dentre outros. Portanto, para que tais finalidades sejam alcançadas, é dever tanto do Estado quanto dos membros da sociedade e da própria família cuidá-la e protegê-la para que seu desenvolvimento se dê de forma mais adequada.

Neste sentido, estabelece Vilas Boas (2009) que:

Esse princípio decorre do princípio da solidariedade social prevista em nossa Carta Magna. Esse princípio apresenta dois âmbitos: interno e externo. Externamente temos que a solidariedade social significa a incumbência do poder público e da sociedade civil a realização de políticas de atendimento às necessidades familiares daqueles que se encontram em situação em desvantagem, marginalizados. Já internamente aplica-se esse princípio para dizer que cada membro da entidade familiar tem que cooperar para que o outro consiga concretizar e desenvolver o mínimo necessário para o seu desenvolvimento tanto biológico quanto psicológico.

Assim, a família deve cumprir sua função social. Deve evoluir no sentido de se desenvolver da melhor maneira possível, cuidando e educando a prole, quando houver, além de cada membro da família prover uma ou outro tanto materialmente quanto espiritualmente.

Esses são alguns dos princípios norteadores da família, existindo outros trazidos pela doutrina e previstos na Constituição Federal, porém os analisados acima são considerados os mais importantes, não sendo pretensão esgotar o assunto em algumas páginas, mas sim trazer argumentos e fundamentos capazes de proporcionar o melhor entendimento possível dos institutos do casamento e da união estável.

Fazer uma análise prévia e breve dos princípios é de suma importância para o entendimento do presente estudo comparativo entre os institutos aqui tratados, pois, conforme já salientado, a regulamentação das uniões havidas fora do casamento se deu com a finalidade de proteger a família.

CAPÍTULO 2 – DO CASAMENTO

Antes de tratar do instituto do casamento de uma forma mais completa e detalhada, necessário se faz trazer uma análise das diversas formas de conceito trazidas pelos doutrinadores no tocante ao casamento, para que dessa forma se torne possível o seu estudo mais complexo.

2.1 Conceito de casamento

Após toda a análise da evolução histórica da família trazida no primeiro capítulo, percebemos que o casamento, durante toda a história, foi a única forma de se constituir família legítima. A união estável e a família monoparental passaram a ser reconhecidas apenas com o advento da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, destacamos a importância deste instituto, sendo considerado por alguns doutrinadores como sendo o instituto mais importante do Direito de família. Neste sentido Venosa (2009, p. 25) nos esclarece que:

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

No tocante ao conceito de casamento destacamos alguns trazidos por conceituados juristas. Dentre eles, Rodrigues (2002, p. 19) estabelece que “casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Diniz (2002, p. 39) reconhece o casamento como sendo “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Segundo Monteiro (1996, p. 12 apud VENOSA, 2009, p. 25) o matrimônio é 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”.

Duas são as definições clássicas adotadas no Brasil. São elas: a de Clóvis Beviláqua

e Lafayette Pereira (GONÇALVES, 2009, p. 22).

Assim, Beviláqua estabelece que:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer. (GONÇALVES, 2009, p. 23).

A definição de Lafayette não se difere muito das anteriores. Pereira (1945, p. 34 apud GONÇALVES, 2009, p. 22) descreve o conceito de casamento, afirmando que:

Falta, às definições apresentadas, a noção de contrato, essencial ao conceito moderno e à forma igualitária do casamento atual. No direito brasileiro, duas definições são consideradas clássicas. A primeira, de LAFAYETE RODRIGUES PEREIRA, proclama: 'O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida'.

Assim, de maneira geral, com o casamento, o homem e a mulher se unem com o objetivo de constituir uma família que possa ser reconhecida como tal por toda a sociedade, além de dar um ao outro companheirismo, assistência e auxílio.

Por mais variados que possam ser os conceitos de casamento existentes nas doutrinas, todos, por fim, querem dizer a mesma coisa, possuem a mesma finalidade.

Como bem salientado por Venosa (2009, p. 24), em sua obra referente ao direito de família, não há um conceito único e perpétuo de casamento, sendo, portanto mutável, assim como o direito de maneira geral e os fenômenos sociais que se modificam no tempo e no espaço.

2.2 Natureza jurídica

No que se refere à natureza jurídica do casamento, existem três correntes doutrinárias a serem citadas.

A primeira delas é a corrente individualista ou contratualista, originária do direito canônico. Trata-se de uma concepção clássica, estabelecendo que o casamento é um contrato comum, civil, que visa trazê-lo para o direito civil, tirando dele o caráter religioso. Tal corrente doutrinária não vigorou por muito tempo, afinal, o casamento não é um contrato comum, puro e simples, em que o consentimento dos contraentes é elemento essencial e principal, não podendo ser desfeito por um distrato. O casamento exige normas previstas em

lei para ser válido.

O consentimento dos nubentes é essencial para que o matrimônio seja válido, porém não pode ser colocado em primeiro plano, deixando a intervenção da autoridade eclesiástica em posição secundária.

A segunda corrente doutrinária é a concepção institucionalista ou supraindividualista. Quem adota tal posição prevê que o casamento é uma instituição, entendendo que prevalece o caráter institucional no casamento. Com a manifestação da vontade a pessoa adere a um conjunto de regras previamente estabelecidas. Esta posição é adotada por Maria Helena Diniz.

Gonçalves (2009, p. 25) esclarece bem tal corrente, ao afirmar que:

Para essa corrente o casamento é uma ‘instituição social’, no sentido de que reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador. Na lição de Planiol e Ripert, atribuir ao casamento o caráter de instituição significa afirmar que ele constitui um conjunto de regras impostas pelo Estado, que forma um todo ao qual as partes têm apenas a faculdade de aderir, pois, uma vez dada referida adesão, a vontade dos cônjuges torna-se impotente e os efeitos da instituição produzem-se automaticamente.

Da mesma forma Diniz (2002, p. 43) leciona que:

O casamento é tido como uma grande *instituição social*, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei. As partes são livres, podendo cada uma escolher o seu cônjuge e decidir se vai casar ou não; uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido discutir o conteúdo de seus direitos e deveres, o modo pelo qual se dará a resolubilidade da sociedade ou do vínculo conjugal ou as condições de legitimidade da prole, porque não lhes é possível modificar a disciplina legal de suas relações. (grifo do autor).

Por fim, a terceira corrente, de natureza eclética ou mista, considera que o casamento é um ato complexo, ou seja, é ao mesmo tempo contrato e instituição. Em um primeiro momento, prevalece a vontade (caráter contratual), que faz aderir a normas preestabelecidas (caráter institucional). É bem mais que um contrato, embora não deixe de ser também um contrato (DINIZ, 2002, p. 44).

Carvalho Santos (1961, p. 10-11 apud GONÇALVES, 2009, p. 25-26) nos traz que o casamento é um contrato especial, distinguindo-se dos demais contratos patrimoniais, tendo em vista que estes possuem caráter econômico e o casamento possui interesses morais e pessoais.

Para os que adotam esta corrente, o casamento possui sim caráter contratual, porém

não pode ser comparado a um contrato comum. Trata-se de um contrato de direito de família, sendo, portanto, especial, *sui generis*, “em razão de seus efeitos peculiares e das relações específicas que cria” (DINIZ, 2002, p. 43).

Tanto a corrente institucionalista como a corrente eclética são aceitas pela doutrina.

2.3 Características principais e suas finalidades

Após a análise dos conceitos e da natureza jurídica do casamento, necessário se faz apontar algumas características deste instituto, para uma melhor compreensão.

O matrimônio é um ato solene e pessoal. É solene porque exige uma forma preestabelecida na legislação. Deve seguir uma gama de formalidades para que possa ser considerado válido (GONÇALVES, 2009, p. 28). Tal característica será analisada de uma maneira mais completa abaixo, tendo em vista se tratar de um pressuposto de caracterização do casamento.

É, ao mesmo tempo, um ato pessoal. Por isso, apenas aos nubentes cabe a escolha e a decisão se vai se casar ou não e também da pessoa com quem vai se casar (GONÇALVES, 2009, p. 29).

A este respeito, cabe trazer a explicação de Gonçalves (2009, p. 29):

Cabe exclusivamente aos consortes manifestar a sua vontade, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais (CC, art. 1.542). Reconhece hoje a melhor doutrina que a liberdade de casar-se corresponde a um direito da personalidade, pois que tutela interesse fundamental do homem [...]

As normas que regulam o instituto estudado no presente capítulo são de ordem pública, ou seja, estão “acima das convenções dos nubentes” (DINIZ, 2002, p. 46).

Dessa forma, apesar das partes serem livres para escolher os cônjuges e para decidir se vão se casar ou não, não podem modificar as normas que já estão preestabelecidas na lei, mesmo que não concordem com elas.

Destacamos a opinião de Gonçalves (2009, p. 27) a este respeito:

Ipsa facto, não podem ser derogadas por convenções particulares. Com efeito, o casamento é constituído de um conjunto de normas imperativas, cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral compatível com as aspirações do Estado e a natureza permanente do homem, definidas em princípios insculpidos na Constituição Federal e nas leis civis.

Ainda tratando das principais características do casamento, destaca-se que a união

deve ser exclusiva, ou seja, a pessoa, ao casar-se, deve ser fiel ao seu cônjuge, não podendo se relacionar com outras pessoas enquanto os laços do matrimônio ainda estiverem vivos (DINIZ, 2002, p. 46).

A fidelidade conjugal é exigida por lei (CC, art. 1.566, I), por ser o mais importante dos deveres conjugais, uma vez que é a pedra angular da instituição, pois a vida em comum entre marido e mulher só será perfeita com a recíproca e exclusiva entrega dos corpos. Proibida está qualquer relação sexual estranha. Por ser da essência do casamento, o dever de fidelidade não pode ser afastado mediante pacto antenupcial ou convenção posterior ao matrimônio, tendente a liberar qualquer dos cônjuges, por ofender a lei e os bons costumes. (DINIZ, 2002, p. 46).

O casamento não comporta termo ou condição, deve ser um negócio puro e simples. Portanto não será válido um casamento que, por exemplo, dure apenas enquanto um dos cônjuges for rico, ou bonito, entre outros. Da mesma forma não pode o casamento ter dia para terminar. O tempo não pode ser determinado, e sim por toda a vida, mesmo que futuramente venham a se divorciar. Existe “um desejo íntimo de perpetuidade, ou seja, de permanência da ordem conjugal e familiar” (DINIZ, 2002, p. 46). Aí está outra característica do casamento, a união permanente.

A diversidade de sexos também é uma característica importante do casamento. Não há muito que explicar sobre tal característica, pois será estudada de forma mais ampla, a seguir, quando se tratar dos pressupostos de caracterização do casamento.

No tocante às finalidades do casamento há algumas considerações a serem feitas.

Vários são os fins do casamento. Um deles é a constituição da família legítima. O casamento é uma das formas de se constituir a família, sendo outras formas a união estável e a família monoparental.

Com o casamento também ocorre a legalização das relações sexuais entre os cônjuges, existindo, portanto, o dever de fidelidade e de satisfação sexual de um cônjuge para o outro. Rodrigues (2002, p. 23) estabelece que “o desejo sexual [...] é normal e inerente à sua natureza”.

Dentro de um casamento deve existir a prestação de auxílio mútuo de um cônjuge para o outro, tanto no aspecto material, quanto no aspecto espiritual e moral, sendo esta uma das principais finalidades do casamento.

Pereira (1979, p. 46 apud DINIZ, 2002, p. 41) traz, de forma clara e concisa, observações que permitem entender bem referida finalidade:

O matrimônio é uma união entre marido e mulher para enfrentar a realidade

e as expectativas da vida em constante mutação; há, então, um complemento de duas personalidades reciprocamente atraídas pela força do sentimento e do instinto.

Ter filhos não é condição para a validade do casamento, porém, se os tiver, é dever educá-los e protegê-los. Aqui está outro fim do casamento, a proteção e educação dos filhos. Nos ensinamentos de Gonçalves (2009, p. 30), de acordo com o direito canônico, “o fim principal do matrimônio consiste na procriação e educação da prole; e o secundário, na mútua assistência e satisfação sexual”.

Ressalte-se que, ao não dar a assistência necessária aos filhos, os pais podem ser processados por abandono intelectual ou material. Pode-se considerar que a procriação dos filhos é uma das finalidades do casamento, tendo em vista que poucos são os casais que não têm filhos (MONTEIRO, 2004, p. 26). Porém, um casamento no qual não haja filhos não pode ser anulado, pois como bem explica Monteiro (2004, p. 26):

Em nossos dias, a procriação, embora possa ser finalidade do casamento para alguns casais, não alcança todas as uniões. Se fosse considerada como fim primordial em todos os casamentos, ficaria sem explicação plausível o casamento *in extremis vitae momentis* e o de pessoas em idade avançada, já privadas da função reprodutora.

Diniz (2002, p. 41) estabelece como fim do casamento o estabelecimento de deveres, que podem ser de natureza patrimonial ou não. Os deveres patrimoniais seriam aqueles destinados a prover o sustento da família, na proporção de seus rendimentos e os não patrimoniais, aqueles em que existem o respeito, a fidelidade e a mútua assistência.

2.4 Pressupostos de caracterização

Para que o casamento seja válido, é essencial que algumas condições, necessárias à existência, validade e regularidade do matrimônio, sejam atendidas (GONÇALVES, 2009, p. 28).

A primeira delas é a diversidade de sexos (GONÇALVES, 2009, p. 28). Por esta condição entende-se que o casamento somente pode ocorrer entre um homem e uma mulher, não sendo permitida a união entre pessoas do mesmo sexo. Tal condição também é exigida para a caracterização da união estável.

Gonçalves (2009, p. 28) ensina que:

A diferença de sexos constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais. A Lei Maior veda, inclusive, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, só a admitindo entre homem e mulher. Há, no entanto, em tramitação no Congresso Nacional, projeto de lei apresentado pela então Deputada Marta Suplicy, com o objetivo de disciplinar, todavia, somente as uniões estáveis, não se propondo a dar às parcerias homossexuais um *status* igual ao do casamento, como consta da justificativa encaminhada.

Como bem explica Venosa (2009, p. 27), “a sociedade de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma união de direito de família; se direitos gerar, serão do campo obrigacional”.

A segunda condição a ser observada é a celebração na forma prevista na lei (VENOSA, 2009, p. 28). O casamento deve ser celebrado pela autoridade celebrante e devem ser proferidas as palavras sacramentais previstas na lei (artigo 1.535 do Código Civil de 2002).

O casamento, devido a sua importância, é um dos atos mais repletos de formalidades do Código Civil. As formalidades também existem para dar maior segurança ao ato que é uma das formas de se constituir família. Por isso, existe um longo processo de habilitação, que será analisado, a seguir, para que o matrimônio seja realizado de forma regular (GONÇALVES, 2009, p. 27).

O casamento é um ato solene. Ao estabelecer as suas características, Diniz (2002, p. 46) destaca:

a solenidade do ato nupcial, uma vez que a norma jurídica reveste-o de formalidades que garantem a manifestação do consentimento dos nubentes, a sua publicidade e validade. Não basta a simples união do homem e da mulher, com a intenção de permanecerem juntos e gerarem filhos; é imprescindível que o casamento tenha sido celebrado, conforme a lei que o ampara e rege.

Por fim, para que o casamento seja válido é essencial o consentimento dos nubentes, sendo necessária a livre manifestação da vontade, uma vez que os vícios de consentimento, por aplicação da regra geral, tornam o negócio anulável (VENOSA, 2009, p. 28).

Os contraentes devem manifestar seu interesse de casar perante a autoridade celebrante, sendo essencial que esta manifestação seja feita por pessoa capaz.

Os menores de 16 anos de idade não podem se casar, já os que possuem idade entre 16 e 18 anos podem, desde que possuam autorização dos pais ou dos representantes legais. O artigo 1.551 do Código Civil de 2002 traz uma exceção, estabelecendo que o casamento de menor de 16 anos que resultar gravidez, não será anulado, se convalida do vício. Ocorrerá,

neste caso, suprimento judicial de idade e o matrimônio será válido.

2.5 Formalidades

Conforme já exposto acima, o casamento, por ser um dos mais importantes atos do direito de família, é constituído de uma série de formalidades que devem ser rigorosamente cumpridas para que o ato se torne válido.

Decididos que vão se casar, os nubentes devem fazer um requerimento, de próprio punho ou por procurador e apresentar os documentos a seguir descritos, de acordo com o artigo 1.525 do Código Civil.

Certidão de nascimento ou documento equivalente – pode ser a carteira de identidade, certidão de casamento com a certidão de óbito do outro cônjuge ou averbação do divórcio, título de eleitor, entre outros. Tal exigência é feita para saber a idade dos nubentes, pois se tiverem entre 16 e 18 anos necessitam da autorização dos pais ou representantes legais para se casarem. Caso sejam menores de 16 anos somente podem se casar com o suprimento judicial de idade no caso de gravidez, conforme preceitua o artigo 1.520 do Código Civil. Também será analisado através destes documentos se os nubentes possuem mais de 60 anos de idade, pois, se assim for, obrigatoriamente deverão ser casados no regime da separação de bens (GONÇALVES, 2009, p. 45-46).

Autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra – conforme explanação feita acima, os menores de 18 anos e maiores de 16 anos precisam de autorização para se casar. Pode acontecer, porém, de um dos pais autorizar o casamento e o outro não. Neste caso o menor deverá entrar com uma ação de suprimento de consentimento representado pelo que o autorizou. O outro pai será citado para apresentar suas razões e o juiz decidirá se vai suprir ou não o consentimento e autorizar o menor a se casar.

Declaração de duas pessoas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento, que os iniba de casar – este documento é essencial, pois, junto com outros documentos, traz a convicção de que não há impedimentos para que os nubentes se casem. Serve para confirmar a idoneidade dos contraentes ao afirmarem que não há barreiras que impeçam a realização do matrimônio.

Declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos – tal documentação é exigida pois com ela se esclarece qual é o estado civil dos contraentes e se os nubentes residem em circunscrições diferentes,

pois se assim for, em todas elas deverão ser publicados os editais de proclamas.

Gonçalves (2009, p. 49) esclarece que:

O documento, que recebe o nome de *memorial*, destina-se a uma perfeita identificação dos nubentes e deve ser assinado por eles. A declaração esclarecerá se os nubentes são maiores ou menores, solteiros, viúvos ou divorciados, devendo os viúvos informar se há filhos do primeiro casamento e os divorciados exibir certidão do registro da sentença; se o casamento anterior de um deles foi anulado, onde e quando tal ocorreu. Devem ainda declarar se ambos têm domicílio na localidade ou se um deles reside em outra, o que terá influência para a publicação dos proclamas.

Certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença do divórcio – pessoas que já foram casadas anteriormente podem contrair novo matrimônio, porém, devem comprovar a extinção do casamento anterior. Esses documentos, conforme explicação de Venosa (2009, p. 58), “objetivam evitar o casamento de pessoas já casadas”.

Após a apresentação de todos os documentos acima elencados, o oficial do Cartório de Registro Civil analisá-los-á, juntamente com o Ministério Público e o juiz que, se não houver nenhum impedimento ao casamento, homologará a habilitação.

Homologada a habilitação, o oficial do registro civil lavrará os editais de proclamas que serão afixados por 15 dias para que se alguém souber de alguma barreira que impeça a realização do casamento, venha opor essa barreira. Os editais também são publicados para levar ao conhecimento de todos a vontade dos nubentes em contrair matrimônio. Os editais serão publicados na imprensa local e nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes se residirem em circunscrições diversas do registro civil.

Os impedimentos podem ser opostos por qualquer pessoa capaz até o momento da celebração do casamento (artigo 1.522 do Código Civil). As causas suspensivas podem ser arguidas pelos parentes dos nubentes, podendo ser parentes na linha reta, consanguíneos ou afins, ou colaterais de segundo grau, consanguíneos ou afins, no prazo de 15 dias.

No caso das causas suspensivas, se forem opostas dentro do prazo, o casamento fica suspenso até o vício ser sanado. Oposta fora do prazo, o casamento será considerado válido com sanção.

Cabe ressaltar que as oposições devem ser escritas e assinadas por quem está opondo, declinando o impedimento ou causa suspensiva e provando de imediato ou indicando onde a prova pode ser obtida.

As oposições deverão ser endereçadas ao Oficial do Cartório de Registro Civil ou à

autoridade celebrante. Será entregue uma nota de oposição aos nubentes, para que, se quiserem, possam pedir prazo para defesa. Quem decidirá se a oposição é pertinente ou não é o Juiz Corregedor do Cartório de Registro Civil.

Não existindo oposição de nenhum impedimento, o oficial do cartório expedirá uma certidão de habilitação, pela qual os nubentes estão aptos ao casamento nos próximos 90 dias. Passado este prazo, os nubentes não podem mais se casar, devendo a habilitação ser feita novamente, pois a certidão não vale mais.

De posse da habilitação para o casamento os nubentes devem fazer um requerimento que deve ser dirigido à autoridade celebrante para ser designado dia, local e horário em que será realizada a cerimônia. Observa-se que é a autoridade celebrante que escolhe o dia e horário para a cerimônia, porém sempre que possível, deve atender a vontade dos contraentes.

No dia designado, devem estar presentes os nubentes, o Oficial do Cartório de Registro Civil, a autoridade celebrante e duas testemunhas, que podem ser parentes dos contraentes ou não. Se a cerimônia for feita em prédio particular ou se um ou ambos os contraentes não puderem ou não souberem assinar, deverão estar presentes quatro testemunhas.

Deve ser dada publicidade ao ato, por isso as portas do local onde estiver ocorrendo a cerimônia devem estar abertas. Será recolhida a manifestação de vontade dos contraentes e o casamento será considerado consolidado quando forem proferidas as palavras sacramentais previstas na lei (artigo 1.535 do Código Civil).

O casamento será registrado no Livro de Registros dos Casamentos e serão colhidas as assinaturas dos cônjuges, do Oficial, do Juiz e das testemunhas presentes para ser feita a certidão de casamento, conforme os ensinamentos de Rodrigues (2002, p. 61), que estabelece que “lavrar-se-á assento no livro do registro, com todos os minuciosos requisitos do art. 195 do Código vigente ou art. 1.536 do novo Código c/c o art. 70 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73)”.

2.6 Efeitos jurídicos do casamento

Realizado o casamento, ele passa a produzir seus efeitos. Um deles é a criação da família legítima, ou seja, com o casamento forma-se uma família, assim como na união estável e na família monoparental.

Gonçalves (2009, p. 165) leciona que:

Os efeitos do casamento, em razão de sua relevância, projetam-se no ambiente social e irradiam as suas consequências por toda a sociedade. O matrimônio legaliza as relações sexuais do casal, proibindo a sua prática com outrem e estabelecendo o *debitum conjugali*. O seu principal efeito, no entanto, é a constituição da família *legítima* ou *matrimonial*. Ela é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, conforme estatui o art. 226 da Constituição Federal, que reconhece também a união estável e a família monoparental como entidades familiares (§§ 3.º e 4.º).

Com o casamento também passa a vigorar o regime de bens escolhido pelos cônjuges. Existem cinco regimes de bens que vigoram no Brasil. São eles: comunhão parcial, comunhão universal, separação obrigatória de bens, separação convencional de bens e participação final nos aquestos.

O regime da comunhão parcial de bens é considerado o regime legal e para adotá-lo basta casar. Na omissão dos contraentes é ele que vai prevalecer.

O regime da separação obrigatória de bens é imposto pela lei às pessoas que se casarem com mais de 60 anos, aos que violarem causas suspensivas e aos que dependerem de suprimento judicial de idade.

Caso os companheiros queiram adotar algum outro regime, deverão realizar um pacto antenupcial, no qual será decidido qual regime será o eleito para vigorar no casamento.

Um outro efeito que decorre do casamento válido é o surgimento de deveres recíprocos entre os cônjuges. O artigo 1.566 do Código Civil estabelece quais são esses deveres. Vejamos:

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.

Destacam-se, ainda, as consequências da anulação do casamento por culpa de um dos cônjuges. O artigo 1.564 do Código Civil estabelece que se o casamento for anulado por culpa exclusiva de um dos cônjuges, este incorrerá na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente, ou seja, se, por exemplo, no regime da comunhão universal de bens um dos cônjuges for culpado pelo fim do matrimônio, os bens do cônjuge de má-fé passam para o de boa-fé. Já os bens do cônjuge de boa-fé não passam para o de má-fé com o fim do casamento.

O artigo, mencionado acima, ainda estabelece que o cônjuge culpado pelo fim do casamento também incorrerá na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato

antenupcial, por exemplo, em uma doação antenupcial.

2.7 Extinção do casamento

O casamento, conforme já dito acima, não é indissolúvel. Assim, mesmo que o casamento seja válido e tenham sido cumpridas todas as formalidades previstas na lei, os cônjuges podem se divorciar.

O artigo 1.571 do Código Civil estabelece quais são as causas terminativas do casamento. São elas: nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio. A morte de um dos cônjuges também extingue o casamento. Porém, o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Iremos, a partir de então, estudar brevemente cada um dos institutos acima.

2.7.1 Casamento nulo e anulável

No tocante ao casamento nulo e anulável, necessário se faz trazer as três diferenças entre as duas modalidades.

O casamento nulo, via de regra, não gera efeitos. Via de regra porque existe o casamento putativo, em que os efeitos são gerados para o cônjuge de boa-fé. Já o casamento anulável gera efeitos.

O casamento nulo não convalida do vício, ou seja, ele nunca será válido, diferentemente do casamento anulável, pois transcorrido o lapso temporal que varia de 180 dias a 4 anos, sem a ação de anulação, o casamento se torna válido, ou seja, se convalida do vício.

Quando se tratar de caso de nulidade, a ação cabível é a ação declaratória de nulidade do casamento, que pode ser proposta por qualquer interessado e pelo Ministério Público, afinal o interesse é público, e a ação é imprescritível, podendo ser proposta a qualquer tempo. Já nas hipóteses de anulação, a ação cabível é a ação de anulação que pode ser proposta por qualquer interessado, no prazo estipulado na lei.

Os casos de nulidade estão previstos no artigo 1.548 do Código Civil. O casamento será nulo quando contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil ou quando infringir algum dos impedimentos descritos no artigo 1.521 do Código Civil.

Os casos de anulabilidade estão no artigo 1.550 e seguintes do mesmo diploma, sendo apresentados a seguir.

Quando o nubente não tiver completado a idade mínima para casar – a idade mínima para se casar é 16 anos. Antes disso, somente é possível a realização do matrimônio nos casos de suprimento judicial de idade. Entre 16 e 18 anos o menor pode se casar, porém deve ter a autorização dos pais ou representantes legais. Acima dos 18 anos, a pessoa é maior e absolutamente capaz para os atos da vida civil e, portanto, pode se casar, sem qualquer autorização.

Gonçalves (2009, p. 143) nos traz que:

Havendo defeito de idade, no casamento dos menores de 16 anos, a ação anulatória pode ser proposta pelo próprio cônjuge menor, mesmo sem assistência ou representação, por seus representantes legais, e por seus ascendentes (CC, art. 1.552), no prazo de cento e oitenta dias, contado da data da celebração, para os representantes legais ou ascendentes dos menores, e, para estes, da data em que atingirem a referida idade mínima (art. 1.560, § 1º).

Quando o menor, em idade núbil, não for autorizado pelo seu representante legal – idade núbil é a compreendida entre 16 e 18 anos. Assim, caso o menor se case sem a devida autorização, este casamento poderá ser anulado se a ação for proposta em 180 dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, a contar da cessação de sua incapacidade, de seus representantes a contar do casamento ou de seus herdeiros necessários a contar da morte do incapaz (artigo 1.555 do Código Civil).

Importante consideração a ser feita é que se os representantes legais não autorizarem o casamento, mas participarem dele sem praticar nenhum ato para impedir sua ocorrência, o ato se convalida do vício e não será anulado.

Quando ocorrer vício de vontade – os artigos 1.556 a 1.558 do Código Civil assim estabelecem:

Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício de vontade, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II – a ignorância de crime, anterior ao casamento, que por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III – a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em

risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV – a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum do cônjuge enganado.

Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares.

Assim, dentro das hipóteses de vícios de vontade temos: erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, erro sobre a identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, ignorância de crime anterior ao casamento, ignorância de defeito físico irremediável ou de moléstia grave, ignorância de doença mental grave e vício de vontade determinado pela coação.

Para se verificar, no caso concreto, se houve de fato vício de vontade, o juiz analisará cada pessoa, levando-se em consideração a idade, o sexo, a saúde, entre outros (VENOSA, 2009, p. 111). Da mesma forma, para que o casamento possa ser anulado por vício de vontade, é necessário que exista a total ignorância por parte da pessoa enganada, ou seja, antes de se casar, o cônjuge enganado não pode ter conhecimento de que seu companheiro tinha defeito físico irremediável, doença mental grave ou qualquer das hipóteses dos artigos acima mencionados (VENOSA, 2009, p. 111-112).

Venosa (2009, p. 157) nos traz um conceito de coação, transcrito abaixo para uma melhor compreensão:

Coação é toda a ameaça ou pressão injusta exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato ou realizar um negócio. Não é coação, em si, vício de vontade, mas sim o temor que ela inspira, tornando defeituosa a manifestação de querer do agente.

Conforme devidamente estudado acima, o consentimento é um pressuposto de caracterização do casamento. Dessa forma, os nubentes devem manifestar sua vontade em contrair matrimônio, não podendo o casamento ser realizado sem esse consentimento e a vontade, portanto, deve ser livre de qualquer coação, podendo ser anulado se tal fato acontecer.

O prazo para a propositura da ação de anulação de casamento é de 3 anos nas hipóteses previstas no artigo 1.557 do Código Civil. Já nos casos de coação (artigo 1.558 do Código Civil), o prazo é de quatro anos, conforme artigo 1.560, incisos III e IV, do mesmo diploma legal.

Quando a pessoa for incapaz de consentir ou de manifestar, de modo inequívoco

o consentimento – cabe ressaltar aqui que existe uma gradação da incapacidade. Conforme já mencionado acima, caso exista incapacidade total, permanente e duradoura, será caso de nulidade do casamento, nos termos do artigo 1.548 do Código Civil.

Porém, quando ocorre apenas uma redução da incapacidade, como ocorre no caso dos relativamente capazes, como enfermos mentais, esquizofrênicos, surdos-mudos, entre outros, é caso de anulação do casamento.

O prazo para ser proposta a ação competente é de 180 dias contados da celebração do casamento, nos termos do artigo 1.560, inciso I, do Código Civil.

Quando realizado por mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges – ocorre esta hipótese nos casos em que o mandatário estava de boa-fé e realizou o casamento achando que tinha poderes para tanto, porém o mandato já havia sido revogado pelo mandante. Neste caso o casamento poderá ser anulado.

O artigo 1.560, § 2º, estabelece que o prazo para a propositura da ação será de 180 dias, contados da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração.

Caso haja coabitação entre os cônjuges, o casamento se convalida do vício e não mais será anulado, pois, conforme prescreve Gonçalves (2009, p. 162):

Se o varão, por exemplo, revoga a procuração e, por desconhecimento desse ato, o casamento se realiza, a sua convalidação somente se dará se a mulher, cientificada da revogação, com ele coabitar, conformando-se com o seu procedimento desleal, ou apenas indicativo de uma contradição emocional.

Quando o casamento for realizado por autoridade celebrante incompetente – o casamento é anulável quando celebrado por autoridade incompetente no prazo de 2 anos a contar da data da celebração (artigo 1.560, inciso II, do Código Civil).

A doutrina é majoritária no sentido de que a incompetência a que se refere este artigo é em razão do local, porém a legislação não faz distinção neste sentido (GONÇALVES, 2009, p. 162).

O casamento, todavia, não será anulado, se a autoridade, mesmo que incompetente, exercer publicamente as funções do juiz de casamento e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil. Aplica-se aqui a teoria da aparência. Ressalta-se, porém, que o casamento realizado por delegado de polícia, prefeito da cidade, entre outros, não é anulável, mas sim inexistente (GONÇALVES, 2009, p. 162).

2.7.2 Separação judicial

Trataremos agora da separação judicial.

Separação judicial é a causa da dissolução da sociedade conjugal, não rompendo o vínculo matrimonial, de maneira que nenhum dos consortes poderá convolar novas núpcias. Extinguir a sociedade conjugal significa que cessa o dever de fidelidade de um cônjuge para com outro, cessa o regime de bens, a coabitação, porém a pessoa não pode contrair novo matrimônio, pois não extingue o vínculo matrimonial.

Importante salientar que sempre que existir interesse de menor e incapaz a separação deverá ser feita pela via judicial (GONÇALVES, 2009).

No tocante à legitimidade para a propositura da ação, cabe ressaltar seu caráter personalíssimo, uma vez que somente aos cônjuges caberá o procedimento judicial da separação. Gonçalves (2009, p. 193) leciona que “somente eles têm a iniciativa da ação, que é privativa e intransmissível, não comportando a intervenção de terceiros. Assim, se um deles morrer a ação será extinta. A morte, por si, já é causa de dissolução da sociedade conjugal”.

Na separação judicial será expedido um mandado judicial que deverá ser levado ao Cartório de Registro Civil para a averbação.

Existem duas espécies de separação judicial, que merecem destaque: separação consensual e separação litigiosa.

Na separação por mútuo consentimento, também conhecida como separação consensual, existe a vantagem de que não é preciso mencionar qual é a causa que motivou a separação, basta manifestar o desejo de se separar. Está prevista no artigo 1.120 e seguintes do Código de Processo Civil.

A separação judicial requerida por *ambos* os cônjuges ou por mútuo consentimento é também chamada de *amigável* ou *consensual*. É procedimento típico de *jurisdição voluntária*, em que o juiz administra interesses privados. Não há litígio, pois ambos os cônjuges buscam a mesma solução: a homologação judicial do acordo por eles celebrado (GONÇALVES, 2009, p. 196, grifo do autor).

Para se valer da separação por mútuo consentimento, os cônjuges devem ser casados por mais de um ano e devem manifestar perante o juiz a vontade de se separarem, sendo por ele homologada. Deverão ambos os cônjuges requerer e assinar a separação na frente do juiz ou apresentar assinatura com firma reconhecida.

A petição que será apresentada pelo juiz, além de ser acompanhada da certidão de

casamento e do pacto antenupcial, deverá conter os itens abaixo explicados (artigo 1.121 do Código de Processo Civil).

A descrição dos bens do casal e a respectiva partilha – a descrição dos bens do casal é de elevada importância para a posterior divisão. Já no tocante à partilha, destaca-se que se os cônjuges não acordarem sobre ela, a respectiva partilha será feita depois de homologada a separação judicial, sujeitando-se ao procedimento previsto para os inventários (MONTEIRO, 2004, p. 268-269).

Acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas – os cônjuges, na petição de separação, deverão apresentar um acordo mencionando com quem ficará a guarda dos filhos menores e desde já estabelecendo os dias das visitas a serem feitas pelo cônjuge que não ficar com a guarda. Deverá prevalecer a vontade das partes, mesmo que esta seja diversa do acordo estabelecido.

O valor da contribuição para educar e criar os filhos – os pais, mesmo após a separação, ainda possuem a obrigação de criar e educar os filhos. Dessa forma, o pai que não ficar com a guarda dos filhos tem que contribuir com sua manutenção. Os alimentos deverão ser fixados com base no binômio necessidade/possibilidade. Necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante.

A pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter – o marido também pode pedir alimentos à mulher caso não tenha condições de se manter.

Depois de elaborada a petição com todas as formalidades acima mencionadas ela será distribuída e será designada uma audiência onde o juiz ouvirá as partes e tentará a conciliação. Caso não ocorra a conciliação, o juiz já homologará a separação.

Caso o juiz, na audiência, perceba que alguma das partes não está segura e decidida sobre a separação, ele suspenderá a audiência, marcando-a em outra data entre 15 e 30 dias e, caso as partes não apareçam nesta nova audiência, a petição será arquivada.

Ao homologar a separação, o juiz expede um mandado que deverá ser registrado no Cartório de Registro Civil e, caso existam bens imóveis, o registro também deverá ser feito no Cartório de Registro de Imóveis.

No tocante à separação litigiosa, existem algumas considerações a serem feitas.

De acordo com o artigo 1.572 do Código Civil, qualquer dos cônjuges pode propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

O artigo 1.573 do Código Civil traz hipóteses que podem caracterizar

impossibilidade de vida em comum. Elas são apresentadas a seguir.

Adulterio – basta entrar com a ação de separação judicial alegando violação do dever de fidelidade e quem o violou é que deve provar que essa violação não tornou insuportável a vida em comum. O dever de provar é do requerido. Nos ensinamentos de Diniz (2002, p. 259), “é a infração ao dever recíproco de fidelidade, desde que haja voluntariedade de ação e consumação da cópula carnal propriamente dita”.

Tentativa de morte – atentar contra a vida do cônjuge torna insuportável a vida em comum. Gomes (1978, p. 267 apud DINIZ, 2002, p. 260) traz que a tentativa de morte “configura-se pelo começo de execução de crime, que não se consuma, por fatos alheios à vontade do agente, sendo desnecessária, para a decretação da separação judicial, sua condenação penal”.

Sevícia ou injúria grave – sevícia significa ofensa física e injúria grave se refere à ofensa verbal. A ofensa física não pode caracterizar tentativa de morte, caso contrário se enquadraria no inciso anterior. A injúria grave viola o dever de respeito mútuo que deve existir entre os cônjuges.

Abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo – dependendo do caso concreto, pode ocorrer abandono do lar antes de se completar um ano. Assim, em algumas hipóteses não precisa esperar um ano para propor ação de separação judicial. Por outro lado, pode ocorrer da pessoa ficar mais de um ano fora de casa e não caracterizar abandono do lar conjugal. É a hipótese que ocorre quando um dos cônjuges realiza um curso no exterior, por exemplo.

Condenação por crime infante – crime infante é aquele que causa clamor público, constrangimento, como por exemplo, o estupro, tráfico de entorpecentes, entre outros. Aqui deve ocorrer obrigatoriamente a condenação, diferentemente do caso de tentativa de morte em que não se exige a condenação.

Conduta desonrosa – Monteiro (2004, p. 255) nos traz algumas explicações a respeito de conduta desonrosa:

A honra pode ser ultrajada de várias formas. Inúmeras são realmente as vias pelas quais o indivíduo se afasta das leis da honra: pela corrupção ou torpeza, pela vida desregrada ou criminosa, pelo vício da embriaguez ou pelo uso de entorpecentes, pelos atentados à moral e aos bons costumes, pela ociosidade, de mil maneiras, enfim, pode traduzir-se a conduta desonrosa, que autoriza o outro cônjuge a reclamar a separação judicial.

Essas hipóteses são apenas exemplificativas, o rol não é taxativo, logo, existem

outras situações que podem caracterizar impossibilidade de vida em comum.

2.7.3 Divórcio

O divórcio foi introduzido no Brasil pela emenda 09 de 1977 e foi regulamentado pela Lei nº 6.515 de 1977, conhecida como lei do divórcio.

O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias. Aqui, diferentemente do que ocorre na separação judicial, as partes podem contrair novo matrimônio, uma vez que o divórcio rompe a sociedade conjugal assim como o vínculo matrimonial.

A respeito do divórcio, considerações importantes devem ser esclarecidas.

No dia 13 de julho de 2010 foi publicada a emenda constitucional nº 66/2010, com a seguinte redação:

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 226. [...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Dessa forma, a antiga redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal não está mais em vigor. Tal artigo dispunha que o casamento civil poderia ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de 2 anos.

Assim, duas eram as modalidades de divórcio admitidas: o divórcio direto e o divórcio indireto.

O divórcio direto era aquele que ocorria depois de decorridos 2 anos da separação de fato, sendo o transcurso do lapso temporal o único requisito exigido. Assim, após a separação de fato, bastaria aguardar 2 anos e requerer o divórcio, não sendo necessário demonstrar a causa da separação.

O divórcio indireto era também chamado de divórcio-conversão. Era assim denominado pelo fato de que ocorreria a conversão da separação em divórcio depois de decorrido um ano da separação de direito, que pode ser judicial ou extrajudicial.

O artigo 1.580 do Código Civil traz que o prazo de um ano, acima mencionado, começaria a contar a partir do trânsito em julgado da sentença que houvesse decretado a

separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos.

Vale lembrar que o divórcio e a morte são as únicas causas que extinguem o casamento válido.

Todavia, com a nova redação não existe mais o prazo de 2 anos contados da separação de fato ou o prazo de um ano contado da separação judicial, podendo o divórcio ocorrer no dia seguinte ao casamento se for conveniente aos cônjuges.

A discussão que se faz presente é a seguinte: Com a emenda constitucional 66/2010 a separação judicial foi extinta ou ainda está vigente?

Existem posicionamentos doutrinários nos dois sentidos. Venosa (2010) entende que a separação judicial foi extinta pela citada emenda constitucional, afirmando que depois de tantos anos da introdução do divórcio no país, já não mais se sustentava essa dicotomia, separação e divórcio, suprimida pela mencionada emenda à Constituição, sendo correto afirmar que a intenção da emenda foi extinguir a separação, permitindo-se aos cônjuges que recorram sistemática e diretamente ao divórcio.

Para tanto, Venosa (2010) fundamenta que:

A singeleza do novo texto constitucional não permite outra conclusão que não a da exclusão da separação judicial do ordenamento bem como, como consequência, de qualquer referência à culpa no desfazimento do casamento. Essa foi a precípua finalidade da Emenda.

Em qualquer situação, a extinta separação ou divórcio deve traduzir essencialmente um remédio ou solução para o casal e a família, e não propriamente uma sanção para o conflito conjugal, buscando evitar maiores danos não só quanto à pessoa dos cônjuges, mas principalmente no interesse dos filhos menores. Transita-se, pois, na história, na doutrina e nas legislações, entre os conceitos de divórcio-remédio e divórcio-sanção, aos quais nossa lei não fugia à regra, algo que muda com a citada emenda constitucional.

[...]

Nas legislações mais modernas percebe-se, destarte, a prevalência do divórcio-remédio, isto é, o desfazimento do casamento sem que se declinem ou se investiguem as causas do rompimento conjugal. O divórcio deve ser visto tendo em mira não o passado, mas o futuro dos cônjuges separados, para os quais subsistem deveres de assistência moral e econômica, mormente em relação aos filhos menores. A exposição das causas da separação em um divórcio-sanção sempre será uma fragilidade da questão que certamente colocará por terra esse aspecto.

[...]

Com a nova redação constitucional, o divórcio em nosso ordenamento deve sempre ser visto como remédio.

[...]

O mútuo consentimento para o divórcio dá margem para resolução daquelas situações nas quais os cônjuges têm plena consciência do caminho a seguir e das consequências do ato para eles e para os filhos.

Com isso, afasta-se da separação ou divórcio, por si só traumática, como em todo rompimento, a noção de culpa ou ilicitude, apartando-se da idéia de que a separação do casal pressupõe sempre a quebra ou o fracasso irremediável de um matrimônio. De outro lado, induzindo a lei ao divórcio-remédio, não se incentiva os cônjuges a procurar causas jurídicas, nem sempre muito claras ou verdadeiras na realidade dos fatos, para justificar o rompimento, tais como o adultério, injúria e abandono do lar.

Essas causas, porém, continuavam presentes no atual Código, sofrendo acerbas críticas da doutrina (art. 1.573). Esse artigo não deve mais ser levado em consideração tendo em conta a possibilidade de divórcio direto e imediato em qualquer terminação do casamento.

[...]

A singeleza da redação da citada Emenda Constitucional, de aplicação imediata, vai, sem dúvida, trazer algumas dúvidas em casos pontuais, como por exemplo com relação a alimentos devidos por divorciados, mas que a jurisprudência deverá dirimir interpretando a *mens legis* constitucional, enquanto não tivermos uma norma regulamentadora. Os casais sob o estado de separação judicial no regime anterior necessitarão convertê-lo em divórcio, salvo se lei regulamentadora transformá-los em divorciados.

Pablo Stolze Gagliano possui o mesmo entendimento citado.

Dessa forma, para os adeptos deste entendimento, seria muito mais vantajoso aos cônjuges partirem diretamente para o divórcio do que passar pelos trâmites da separação judicial para somente depois conseguirem o *status* de divorciados, afinal não existiriam mais prazos a serem cumpridos, além de conquistarem de forma mais rápida a extinção do vínculo matrimonial.

Por outro lado existem entendimentos no sentido de que, com a emenda constitucional nº 66/2010, a separação judicial não deixou de ser uma alternativa aos cônjuges, estando plenamente em vigor.

Para os adeptos deste entendimento, a emenda, ao silenciar quanto à separação judicial, não pretendeu extingui-la do nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, Nascimento e Cardozo (2010 apud PRETEL, 2010) afirmam que:

É de se indagar se a separação judicial foi, deveras, extirpada do ordenamento jurídico pela superveniência constitucional. A novel norma constitucional preceitua que o casamento será extinto pelo divórcio, silenciando-se quanto à separação; nada diz, nada prescreve. Lança-se, nesse contexto, outra indagação retórica: o casal que passe por crise familiar, querendo buscar um respiradouro, deverá divorciar-se açodadamente ou viver em ligeira ilegalidade, que constrange socialmente muitos, uma vez que presente ainda o dever de fidelidade recíproca? [...] Há que se respeitar a vontade dos indivíduos, ainda incertos quanto ao futuro, mas decididos quanto ao presente. Há que se viabilizar e reconhecer a persistência da separação consensual em nosso sistema. Nem se venha redargüir que serão esses casos poucos ou mesmo raros, porque o direito, em sua modernidade, também tutela e promove a felicidade de minorias.

Assim, os adeptos deste entendimento defendem que é faculdade das partes decidirem se irão se divorciar diretamente ou se pretendem passar pela separação judicial e, somente após o cumprimento dos prazos, se divorciarem. Dessa forma, tendo em vista que a separação judicial admite a reconciliação do casal, caso fosse extinta, retiraria dos cônjuges a oportunidade de reverem a situação e decidirem se o divórcio é, de fato, a melhor situação. Ainda, caso a separação fosse extinta, a única solução para o casal que se reconciliasse seria o novo casamento.

2.7.4 Morte

Não há muito que mencionar a respeito da extinção do casamento pela morte de um dos cônjuges.

Diniz (2002, p. 221) estabelece que “a morte de um dos consortes produz efeito dissolutório tanto da sociedade como do vínculo conjugal, fazendo cessar o impedimento para contrair novo casamento. Com tal falecimento, passa o outro cônjuge ao estado de viuvez, a que estão ligados determinados efeitos”.

Devidamente provada a morte de um dos cônjuges, o outro pode se casar novamente, uma vez que a morte extingue a sociedade conjugal e, como haveria de ser, o vínculo conjugal.

CAPÍTULO 3 - DA UNIÃO ESTÁVEL

Após uma breve análise do instituto do casamento, necessário se faz trazer algumas considerações sobre a união estável, para que exista uma melhor compreensão dos institutos e seja possível realizar a comparação entre ambos, objetivo do presente trabalho, que será realizado no próximo capítulo.

3.1 Conceito e aspectos iniciais da união estável

Conforme devidamente explanado acima, a união estável passou a ser regulamentada a partir do advento da Constituição Federal de 1988, não possuindo, até então, proteção do Estado como forma de se constituir família. Ao ser promulgada, a Lei Maior passou a regulamentar em seu artigo 226, § 3º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

Ressalta-se que na vigência do Código Civil de 1916 a união estável não era regulamentada, sendo o casamento a única forma de se constituir família. Assim, a união do homem e da mulher sem casamento não era protegida pela lei e, portanto, o casal que convivesse em união estável não possuía qualquer direito referente ao âmbito familiar, como por exemplo, direitos sucessórios.

Tanto não era regulamentada que a legislação de 1916 possuía determinados dispositivos que restringiam a convivência sem casamento, tais como proibição de doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, proibição da inclusão da concubina como beneficiária de contrato de seguro de vida, entre outros (GONÇALVES, 2009, p. 548).

Ainda nos ensinamentos de Rodrigues (2004, p. 256 apud GONÇALVES, 2009, p. 548), a única referência feita à união estável pelo diploma de 1916 talvez tenha sido a do artigo 363, inciso I, que permitia ao investigante de paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção estava concubinada com o pretendido pai.

Após a promulgação da Constituição Federal com a devida proteção da união estável, a primeira regulamentação da norma constitucional foi a Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994 definindo a união estável como a união entre o homem e a mulher que mantinham união

comprovada por mais de 5 anos ou com prole. Campos (2003) nos traz que:

O constituinte deixou a tarefa de definir a união estável, bem como os requisitos necessários para a sua caracterização, nas mãos do legislador ordinário. Assim, surgiu a Lei 8.971/94, que não estabeleceu a definição de união estável, mas sim seus elementos caracterizadores: exigia-se prazo de duração de mais de cinco anos ou a existência de prole; o estado civil também deveria ser considerado: os companheiros deveriam ser solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Conferiu o direito à pensão alimentícia, desde que provada a necessidade do alimentado e dentro das possibilidades do alimentante.

A Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996 modificou o conceito estabelecido na legislação anterior, estabelecendo que é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Nota-se que em referido diploma legal não é mais exigido o requisito temporal, não sendo necessária a convivência por mais de 5 anos para que a união estável se concretize e seja protegida.

Posteriormente, com o advento do Código Civil de 2002, a união estável passou a ser regulamentada nos artigos 1.723 a 1.727. O conceito da união sem casamento ficou estabelecido no artigo 1.723, ao prever que “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.”

O referido diploma manteve o dispositivo da Lei nº 9.278/1996 referente ao tempo de convivência, estabelecendo que não eram mais necessários 5 anos de convivência para que fosse concretizada a união.

No tocante ao conceito de união estável pela doutrina, Monteiro (2004, p. 30-31) nos traz que tal união “é a ausência de casamento para aqueles que vivem como marido e mulher. O conceito generalizado de união estável tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, com aparência de casamento.”

Da mesma forma, Direito (1992, p. 126-135 apud SEIXAS SANTOS, 2001, p. 69), leciona que “a união estável, entidade familiar formada por um homem e uma mulher, é a vida em comum, *more uxório*, por período que revele a estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indubitáveis, da vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio.”

Em síntese, a união estável nada mais é do que a união do homem e da mulher, com o objetivo de constituir família, na qual os companheiros não estão ligados pelo vínculo do matrimônio. A aparência é de casamento e a finalidade é a mesma, o que diverge é a forma

como se deu sua constituição.

Por fim, cabe trazer os apontamentos de Diniz (2002, p. 321-322):

Ao matrimônio contrapõe-se o companheirismo, consistente numa união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil. A Constituição Federal, ao conservar a *família*, fundada no casamento, reconhece como *entidade familiar* a união estável, notória e prolongada de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação. A proteção jurídico-constitucional recai sobre uniões matrimonializadas e relações convivenciais *more uxorio*, que possam ser convertidas em casamento. Com isso, a união estável perde o *status* de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar, logo não pode ser confundida com a união livre, pois nesta duas pessoas de sexos diferentes, além de não optarem pelo casamento, não tem qualquer *intentio* de constituir família. (grifo do autor).

Observa-se que o objetivo comum de constituir família é requisito essencial para que possa ser reconhecida a validade da união estável e, portanto, possa ser protegida pela lei. Além de tal requisito, reputado aqui o mais importante, para que a união estável seja reconhecida como forma de se constituir família, nos moldes do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, deve preencher outros requisitos estabelecidos pela lei, os quais serão devidamente analisados, um a um, no decorrer do presente capítulo.

3.2 Natureza jurídica

A união estável é um fato jurídico. Nos ensinamentos de Bittencourt (1985, p. 15 apud VENOSA, 2009, p. 41):

o concubinato ou a união estável são fatos sociais e fatos jurídicos. Essa é sua natureza. Por outro lado, como vimos, o casamento é um fato social e um negócio jurídico. Fato jurídico é qualquer acontecimento que gera consequências jurídicas. A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico.

A união estável, um estado de fato, converteu-se em relação jurídica (fato jurídico), em virtude da Constituição Federal atribuir-lhe proteção e regramento próprio.

Fato jurídico é todo acontecimento de origem humana ou natural que gere, de alguma forma, consequências jurídicas. Não são todos os fatos ou acontecimentos que geram consequências na órbita jurídica, mas apenas os que criam, extinguem ou modificam relações ou situações que interessam ao direito.

A união estável é um acontecimento de origem humana, pois os conviventes passam a coabitar, viver juntos como se casados fossem por iniciativa própria. Porém, tal relação gera consequência no mundo jurídico, haja vista que constitui uma das formas protegidas pelo Estado de constituir família, criando uma relação jurídica. Daí sua natureza de fato jurídico.

3.3 Características principais

Para compreender melhor o instituto ora estudado, torna-se importante esclarecer suas principais características com a finalidade de compará-lo ao casamento, estudado anteriormente, estabelecendo seus pontos em comuns e divergentes, objetivo principal do presente trabalho.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer as diferenças entre união estável e concubinato.

O conceito de união estável já foi abordado nos tópicos acima, sendo ela a união do homem e da mulher, não impedidos de contrair matrimônio, sem casamento e com o objetivo de se constituir família. É a união sem casamento que é protegida pelo Estado como forma de se constituir família.

Por outro lado, o concubinato é a união eventual entre o homem e a mulher impedidos de se casarem, consoante artigo 1.727 do Código Civil. Nota-se que no concubinato as relações são eventuais, ou seja, não há um dos requisitos mais importantes dentre os caracterizadores da união estável, qual seja, o objetivo de se constituir família, além de não ser contínuo e duradouro. Além do mais, no concubinato há impedimento para contrair matrimônio, o que não pode existir na união estável, uma vez que sua conversão em casamento pode ser requerida a qualquer momento.

No advento do Código Civil de 1916, quando ainda não era reconhecida a união estável como forma de se constituir família, falava-se em concubinato puro e impuro. O concubinato puro era utilizado para designar o que hoje conhecemos como união estável. Já o concubinato impuro, subdividido em adúlterino e incestuoso, era constituído pelas relações eventuais entre a mulher e o homem que possuíam algum impedimento para se casarem e relacionamentos entre concubinos com parentesco próximo.

Contudo, apesar de alguns estudiosos utilizarem as expressões como sinônimas, isso não pode mais acontecer, pois, conforme fundamentação acima exposta, possuem características diversas, além de serem institutos antagônicos.

Outra característica importante a ser ressaltada é a de que na vigência da união estável vigorará o regime da comunhão parcial de bens, também conhecido como regime legal, salvo contrato diverso estabelecido pelas partes, contrato este que equivale ao pacto antenupcial. Cahali (2002, p. 55-56 apud GONÇALVES, 2009, p. 580) estabelece que tal contrato “não reclama forma preestabelecida ou já determinada para sua eficácia, embora se tenha como necessário seja escrito, e não apenas verbal.”

O regime da comunhão parcial de bens é aquele em que tudo que for adquirido onerosamente na constância da união estável, será repartido de forma igualitária entre os companheiros. Venosa (2009, p. 328) assim leciona:

A idéia central do regime da comunhão parcial, ou comunhão de adquiridos, como é conhecido no direito português, é a de que os bens adquiridos após o casamento, os aquestos, formam a comunhão de bens do casal. Cada esposo guarda para si, em seu próprio patrimônio, os bens trazidos antes do casamento. É o regime legal, o que vigora nos casamentos sem pacto antenupcial ou cujos pactos sejam nulos [...]. Existem três massas de bens: os bens do marido e os bens da mulher trazidos antes do casamento e os bens comuns, amealhados após o matrimônio.

As partes podem estabelecer que na constância da união estável vigorará outro regime (comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens, separação convencional de bens e participação final nos aquestos) por meio de um contrato. Este contrato é equivalente ao pacto antenupcial. Na omissão dos companheiros, vigorará o regime legal.

Outra característica da união estável e que a diferencia do casamento é que a pessoa separada de fato pode contrair união estável. Nota-se que tal possibilidade não ocorre no matrimônio, pois para contrair novas núpcias, a pessoa deve ser divorciada, caso já tenha sido casada anteriormente, uma vez que a separação judicial não extingue a sociedade conjugal e sim o vínculo matrimonial.

Porém, consoante o já dito acima, tal exigência não é observada na união estável, na qual basta a separação de fato para sua constituição. Tal possibilidade está prevista no Código Civil, em seu artigo 1.723, § 1º.

Segundo Diniz (2002, p. 325) “pode ser reconhecida a união estável do separado judicialmente, pois a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”. Assim, uma pessoa formalmente casada, mas que está separada de fato, ou seja, não convive mais com o cônjuge, pode contrair união estável com outra pessoa. De certo que se a pessoa separada de fato pode contrair união estável, também pode caso seja separada judicialmente.

A requerimento dos conviventes, a união estável pode ser convertida em casamento a qualquer momento, conforme o disposto no artigo 1.726 do Código Civil. Porém, para que o juiz concorde com a referida conversão, é necessário que nenhum dos companheiros seja separado de fato ou de direito, uma vez que uma pessoa casada só poderá se casar novamente se divorciada ou com a morte do cônjuge, não podendo contrair novas núpcias se separada de fato ou judicialmente. Portanto, para que a conversão da união estável em casamento se torne possível, ou os conviventes não podem ser anteriormente casados ou, se forem, devem ser divorciados ou ter ocorrido a morte do cônjuge do primeiro casamento.

No tocante ao uso do patronímico pelos companheiros, Rodrigues (2002, p. 299) estabelece que, constituída a união estável, bastará que o pedido seja feito por ambos os companheiros no Cartório de Registro Civil, para que a mulher utilize o sobrenome do companheiro, assim como ocorre no casamento.

Não há previsão legal, mas é possível um convivente utilizar o patronímico do outro. Isso ocorre porque a união estável é uma forma de constituir família legítima, prevista na Constituição Federal e protegida como tal pelo Estado. Além de um direito dos companheiros, pode ser utilizado como prova do reconhecimento da união estável. Assim, caso, por exemplo, ocorra a morte de um dos conviventes, para que o outro companheiro sobrevivente tenha seus direitos previdenciários ou sucessórios garantidos, é necessário comprovar que vivia em união estável com o falecido e essa comprovação poderá se tornar mais fácil se os companheiros possuírem o mesmo sobrenome.

Por fim, outra característica principal da união estável é que, para que sua constituição seja válida, não podem existir quaisquer dos impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do Código Civil. Se a união estável pode ser convertida em casamento a qualquer momento e para que o casamento seja válido, não podem existir impedimentos, de certo que, para que a união estável seja válida e protegida pelo Estado, também não podem existir tais impedimentos entre os conviventes.

3.4 Requisitos

Para que a união estável seja reconhecida como forma de se constituir família, consoante o disposto na Constituição Federal, deverá preencher alguns requisitos, que serão, um a um, devidamente analisados a seguir.

3.4.1 Diversidade de sexos

O primeiro requisito a ser analisado é a diversidade de sexos. A constituição de união estável somente é possível entre um homem e uma mulher, conforme redação expressa do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. A lei não admite união estável entre pessoas do mesmo sexo, até porque um dos objetivos da regulamentação da união estável é a sua posterior conversão em casamento, o que não seria possível nos casos de uniões homoafetivas.

No mesmo sentido estabelece Venosa (2009, p. 43):

Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. [...] O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário.

Portanto, constata-se que a lei não protege as uniões homoafetivas como forma de constituir família, devendo a relação se dar entre um homem e uma mulher para que seja considerada como união estável.

Conforme Diniz (2002, p. 322), a união entre pessoas do mesmo sexo constitui apenas uma sociedade de fato, não as admitindo como entidades familiares, possuindo caráter eminentemente obrigacional. Assim, as uniões homossexuais não ficam à margem da proteção legal, sendo protegidas no âmbito obrigacional, como no caso de sociedade que pode haver entre quaisquer pessoas.

3.4.2 Convivência pública

Outro requisito a ser analisado é a convivência pública. Para que a união seja reconhecida como forma de se constituir família, ela deve ser pública, ou seja, os companheiros devem se apresentar como se marido e mulher fossem perante a sociedade. Deve ser notório, visto aos olhos de todos, que os conviventes vivem como se casados fossem, não podendo a relação ser desconhecida no meio social, permanecendo em segredo ou em sigilo.

Isso não significa que as uniões não possam ser discretas. O que não pode ocorrer são encontros secretos, às escondidas, embora com prática reiterada de relações sexuais.

As uniões que se estabelecem às escondidas não são protegidas pelo Estado, pois o principal objetivo da união estável é a constituição de família, que deve ser conhecida por todos.

Neste sentido Seixá Santos (2001, p. 83) nos traz que:

De acordo com a Lei nº 9.278/96, a relação concubinária deve ser pública, isto é, ostensiva, no sentido de que os companheiros devem demonstrar socialmente que vivem como casados. Devem ser vistos e considerados por todos quantos com eles se relacionem, como marido e mulher. A ocultação, o segredo da relação teria como consequência a ignorância do fato, implicando na dificuldade de prova.

3.4.3 Convivência contínua

Por convivência contínua entende-se aquela ininterrupta. Para ser protegida por lei, a união não pode sofrer interrupções, ou seja, não pode o casal ficar junto por um determinado tempo e separado por outro. Isso não significa que o casal não pode ficar separado por pequeno espaço de tempo, sem que ocorra a dissolução da união estável. Podem ocorrer pequenas separações, frutos de brigas e discussões, que são típicas de qualquer casal. Ora, em um casamento, pequenas brigas que provoquem eventuais separações não levam à dissolução do matrimônio, o que também não pode ocorrer na união estável.

Assim, não basta que a convivência entre um homem e uma mulher seja pública e por longo período de tempo, pois, se neste período houver interrupções da união, não estará caracterizada a união estável por ausência de um dos requisitos previstos na Constituição Federal para sua validade. A união seria, aqui, instável.

É nesse sentido que leciona Venosa (2009, p. 42), afirmando que “a continuidade da relação é outro elemento citado pela lei. Trata-se também de complemento da estabilidade. Esta pressupõe que a relação de fato seja contínua, isto é, sem interrupções e sobressaltos”.

Tudo isso é necessário para que se possa atingir o objetivo da união, qual seja: constituir família legítima e ser protegida pela lei como tal.

3.4.4 Convivência duradoura

A Constituição Federal não estabeleceu um tempo determinado para que a

convivência pudesse ser considerada como união estável, ou seja, não existe mais o lapso temporal de coabitação de 5 anos para que a união possa ser protegida por lei, como foi feito pela Lei nº 8.971 de 1994.

De certo que quanto mais duradoura a relação, ou seja, quanto maior for o tempo de convivência, maior será sua aparência de união estável e mais fácil será sua comprovação. Todavia, o lapso temporal não deve mais ser analisado como requisito fundamental da existência da união sem casamento, vez que existem vários outros pressupostos indispensáveis à sua caracterização. Atualmente, a união estável pode ser caracterizada com a convivência de 2 anos, por exemplo, não necessitando dos 5 anos acima citados.

Assim, não é qualquer união passageira que merece proteção do Estado. As uniões, como o próprio nome diz, devem ser estáveis, duradouras, e devem se prolongar no tempo. Tanto deve ser duradoura que um de seus objetivos é a constituição da família legítima, requisito este que será analisado adiante.

Cabe destacar aqui os ensinamentos de Venosa (2009, p. 42):

Não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida; não podem ser definidas como concubinato simples relações sexuais, ainda que reiteradas. O legislador deseja proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento, tanto que a dicção constitucional determina que o legislador ordinário facilite sua *conversão em casamento*. Consequência dessa estabilidade é a característica de ser *duradoura*, como menciona o legislador ordinário [...] (grifo do autor).

3.4.5 Objetivo de constituição de família

Esta é a principal característica que deve ter a união estável para que possa alcançar a proteção que lhe é de direito. O que levou a Constituição Federal a regulamentar a união estável foi justamente a finalidade de proteger a família, como aquela constituída pelo casamento, independentemente se surgiu por meio do matrimônio ou da união estável entre os companheiros.

A família, como base da sociedade, não pode ficar sem proteção legal. Daí a regulamentação das uniões duradouras, públicas e contínuas entre o homem e a mulher, tidas como uniões estáveis.

A união estável pode ser convertida em casamento a qualquer momento com o pedido de ambos os companheiros. Observa-se que um dos efeitos jurídicos do casamento é a constituição da família legítima, logo, a união estável entre o homem e a mulher não deve ser uma relação passageira em que não há a intenção de conviverem pelo resto de suas vidas e

como se casados fossem. Não há a necessidade de ter filhos para que seja válida a união, porém, ao tê-los, torna-se ainda mais nítido o verdadeiro objetivo de tal união.

3.5 Direitos e deveres na união estável

Em primeiro lugar, trataremos dos deveres dos companheiros na constância da união estável. O artigo 1.724 do Código Civil prevê que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

Os companheiros, consoante o já acima exposto, devem agir como se casados fossem. Perante a sociedade devem se apresentar como uma família devidamente constituída. Assim, o dever de lealdade é essencial para sua caracterização, devendo agir sempre de boa-fé. O dever de fidelidade, aplicável ao casamento, também deve ser respeitado quando se fala em união estável. Embora esteja devidamente previsto na Constituição Federal, cabe enfatizar que o dever de fidelidade deve ser recíproco, cabendo tanto ao homem como à mulher. Moura Bittencourt (1969, p. 263-264 apud DINIZ, 2002, p. 327) assim descreve:

Todavia é preciso esclarecer que tal dever de lealdade visa tão somente valorizar a união estável, podendo os conviventes rompê-la, livremente, sem sofrer, em regra, qualquer sanção. Mas a quebra da lealdade pode implicar injúria grave, motivando a separação dos conviventes, gerando em atenção à boa-fé de um deles indenização por dano moral (RT, 437: 157) e os efeitos jurídicos da sociedade de fato.

No tocante ao dever de respeito e assistência cabe o mesmo raciocínio feito ao se tratar da fidelidade. Os companheiros devem respeitar um ao outro, é um dever recíproco, afinal, a união estável é uma forma de constituir família prevista na lei e protegida como tal pelo Estado.

A assistência de que trata este artigo compreende tanto a assistência material, no sentido econômico, quanto a assistência espiritual e moral. O companheiro deve sempre prestar auxílio à companheira e vice-versa. A este respeito leciona Carmo (2003, p. 33) que os companheiros “devem buscar o equilíbrio, durante a união estável, dando cada companheiro a sua contribuição para propiciar assistência recíproca e respeito entre ambos e para com a sociedade, assim busca-se o legislador consagrar o princípio da eticidade e sociabilidade”.

O artigo 1.724 do Código Civil ainda nos traz como um dos deveres da união estável a guarda, sustento e educação dos filhos. Ressaltando o que foi dito a este respeito ao tratar do

instituto do casamento, ter filhos não é condição para que a união estável seja considerada válida e, portanto, possua a devida proteção do Estado como forma de constituir família, porém, ao tê-los é dever dos pais protegê-los, criá-los e educá-los. Caso tal dever não seja cumprido, os pais podem ser processados por abandono material ou intelectual. Nesse sentido estabelece Monteiro (2002, p. 47):

Em relação aos filhos comuns, assim como os cônjuges, os conviventes estão obrigados a tê-los sob sua guarda, sustentá-los e educá-los, colaborando ambos com os recursos de que dispõem, cuidando para que tenham formação cultural e moral e se desenvolvam em ambiente sadio, livre de influências perniciosas.

Com a constituição da união estável surgem também direitos aos conviventes. Conforme já analisado acima, a união estável passou a ser reconhecida como forma de constituir família, assim como ocorre no casamento. Portanto, como no casamento os cônjuges possuem direitos e deveres, assim também deve ser na união estável. Cabe esclarecer que os deveres acima descritos se tornam direitos, que devem ser respeitados, do outro companheiro.

Primeiramente devemos analisar o direito aos alimentos na união estável.

Antes do advento da Carta Constitucional de 1988, como a união estável não era reconhecida e protegida como forma de constituir família, não eram assegurados alimentos aos conviventes com a dissolução da união, ficando os alimentos restritos ao “*nexo parental*” e “*liame conjugal*” (SEIXAS SANTOS, 2001, p. 94).

A partir da promulgação da Constituição Federal, surgiram grandes divergências doutrinárias a respeito do direito a alimentos na união estável. Os juristas que defendiam a ausência do direito aos alimentos na união sem casamento baseavam sua tese na ausência de norma que, expressamente, garantisse aos conviventes tal direito, diferentemente do que acontece no casamento, em que o dever alimentar está devidamente previsto no Código Civil. Os adeptos de tal posição adotavam que nada havia se modificado, quanto aos alimentos, em relação ao posicionamento adotado antes da Lei Maior (SEIXAS SANTOS, 2001, p. 95).

Por outro lado, os adeptos da posição favorável ao direito a alimentos na união estável baseavam seus entendimentos no dever de mútua assistência previsto no artigo 1.724 do Código Civil de 2002 e igualmente previsto no diploma de 1916. Mútua assistência significa que os companheiros devem ajudar um ao outro quando necessário, exercendo o companheirismo mesmo após sua dissolução. Além disso, a união estável é protegida como forma de constituir família, assim como o casamento, deixando o legislador implícito o direito

aos alimentos.

Com o intuito de tentar dirimir tal divergência, foi criada a Lei nº 9.278/1996 que trouxe, de forma expressa, o direito a alimentos aos companheiros, prevendo que ao ser dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Da mesma forma, o artigo 1.694 do Código Civil estabelece que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

O companheiro possui o direito de usar o patronímico, ou seja, sobrenome do outro convivente, bastando um requerimento de ambos os conviventes, consoante explanação acima exposta quando foram citadas as características.

O convivente possui também o direito real de habitação. Por direito real de habitação entende-se que o companheiro possui o direito de continuar a residir no imóvel em que convivia com o seu companheiro caso este venha a falecer. Possui esse direito até que se case, constitua nova união estável ou morra.

A jurisprudência reconhece que o companheiro possui direitos previdenciários na qualidade de dependente do falecido, como por exemplo, no caso de pensão por morte. Basta preencher os requisitos necessários existentes em cada benefício para que o direito se configure.

Por fim, outro dos principais direitos emergentes da união estável é o direito sucessório.

Com a morte de um dos companheiros existe o direito sucessório, assim como no matrimônio, porém com algumas divergências.

Em primeiro lugar cabe esclarecer aqui que a primeira espécie normativa que regulamentou o direito sucessório entre os companheiros foi a Lei nº 8.971/1994, primeira legislação infraconstitucional a dar sustento à união estável após sua proteção pela Constituição Federal. Ressalta-se que tal diploma legal apenas reconhecia a união estável após a convivência por 5 anos ou mais. Assim, para que o direito sucessório pudesse ser pleiteado, era necessária a convivência por tal lapso temporal.

O Código Civil de 2002 trouxe regulamentação no tocante aos direitos sucessórios entre os companheiros em seu artigo 1.790. Vejamos:

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

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

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

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

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

O legislador, expressamente, restringiu a sucessão aos bens adquiridos onerosamente da constância do casamento. Dessa forma, bens adquiridos de forma gratuita, como por exemplo, através de uma doação, não será dividido entre os conviventes após a morte de um dos companheiros. Assim, se durante a união estável não for adquirido nenhum bem de forma onerosa, o companheiro sobrevivente não terá direito a nada, nos termos da lei, mesmo que haja um grande patrimônio deixado pelo falecido. Tal dispositivo, segundo Rodrigues (2002 apud SANTOS, 2005), deixa o companheiro em posição de extrema inferioridade com relação ao cônjuge, face referida limitação.

Outras considerações pertinentes ao direito sucessório na união estável devem ser feitas. O inciso III do artigo 1.790 do Código Civil estabelece que o companheiro terá direito a um terço da herança quando concorrer com outros parentes sucessíveis. Nota-se que, caso o convivente concorra com um tio, por exemplo, terá direito a somente um terço, o que mostra, de certa forma, que tal dispositivo não pode ser considerado totalmente justo, pois o companheiro que passou a maior parte junto com o falecido, contribuindo com o seu ganho patrimonial, receberá menos que o tio do falecido.

De certa forma, o argumento acima apresentado depende da análise de cada caso concreto para verificar se a divisão foi de fato justa ou não.

3.6 Formalidades

Conforme devidamente explanado no capítulo referente ao casamento, tal instituto é revestido de uma série de formalidades preliminares à sua constituição. Na união estável não existem tais formalidades. Uma das características da união estável é a ausência de formalismo para sua constituição. Enquanto o casamento exige um processo de habilitação com publicação dos proclamas e inúmeras outras formalidades vistas acima, a união estável independe de qualquer solenidade, bastando a vida em comum. A união se instaura com o

devido cumprimento dos requisitos essenciais para sua constituição analisados acima (GONÇALVES, 2009, p. 555).

Assim, não basta começar a viver juntos para que tal união seja reconhecida como união estável. Deve ser uma união pública, contínua e duradoura, entre um homem e uma mulher e com objetivo de constituir família.

Porém, existe um aspecto importante a ser salientado no tocante à ausência de formalidades na união estável. Como no casamento existe uma série de formalidades a serem cumpridas, sua comprovação se torna mais fácil, uma vez que após todas as formalidades é expedida uma certidão de casamento.

Tal fato não ocorre na união estável, haja vista que não é exigida nenhuma formalidade pela legislação para sua validade. Assim, a comprovação da união estável se torna difícil, pois a legislação exige apenas a convivência, a vida em comum, para que tal relacionamento se torne válido e protegido perante a lei.

Como prova da união estável as partes podem celebrar um contrato. Contrato este que equivale ao pacto antenupcial acima citado, no qual os conviventes podem estabelecer, inclusive, qual regime de bens vigorará na constância da união estável, caso não queiram adotar o regime legal, ou seja, o regime da comunhão parcial de bens.

3.7 Extinção da união estável

A Lei nº 9.278 de 1996 previa a dissolução da união estável afirmando que “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

Observa-se que a legislação se referiu à rescisão, que é utilizada na dissolução contratual quando houver culpa de uma das partes. Ocorre que, nem sempre, na união estável, a dissolução ocorre por culpa de um dos companheiros, podendo ser por vontade de ambos os conviventes. Da mesma forma, o instituto não deve ser analisado como um simples contrato.

Conforme salientado acima, para a constituição da união estável não é exigida nenhuma formalidade, bastando que sejam preenchidos os requisitos elencados pelo Texto Constitucional. O mesmo ocorre para sua dissolução em que prevalece a informalidade. Segundo Porto (2010), “se a sociedade conjugal, que nasce de um negócio jurídico solene, pode ser desfeita pela separação de fato (que é aquela levada a efeito sem o conhecimento do Estado-Juiz), quanto mais a união estável, cuja marca maior é a informalidade”.

Os companheiros, se estiverem de comum acordo quanto à guarda de eventuais filhos comuns, alimentos e partilha de bens, não precisam recorrer ao judiciário para que extinga a união estável. Porém, caso queiram, podem solicitar que o juiz homologue a dissolução da união estável feita de forma escrita.

Nesse sentido estabelece Gonçalves (2009, p. 585):

Assim como nasce informalmente da simples convivência, a união estável prescinde de qualquer formalidade para se extinguir. Quando não há entendimento para que tal extinção se faça amigavelmente, acordando os parceiros sobre assistência alimentar, partilha dos bens e guarda dos filhos, pode qualquer deles recorrer à via judicial, com pedido de declaração de sua existência e subsequente dissolução, com a partilha dos bens comuns e decisão sobre as outras questões mencionadas.

Assim, caso não haja acordo entre os companheiros nem contrato escrito, para que a dissolução da união estável seja possível, os interessados, ou seja, os conviventes devem entrar com ação de reconhecimento de união estável para que o juiz analise se estão presentes todos os requisitos considerados essenciais pela legislação. Após tal reconhecimento, caso seja possível, será reconhecida a extinção da união estável, oportunidade em que o juiz também decidirá com quem ficará a guarda dos filhos, como se dará a partilha de bens e a obrigação alimentar.

CAPÍTULO 4 – EQUIPARAÇÃO LEGISLATIVA DOS INSTITUTOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Feita a prévia análise dos institutos do casamento e da união estável, com suas características principais, conceitos, requisitos e pressupostos de caracterização, entre outros, resta realizar uma análise comparativa entre os institutos, destacando seus pontos negativos e positivos, bem como as hipóteses em que a legislação os compara, objetivo do presente trabalho.

4.1 Aspectos iniciais

Após o estudo, de forma mais completa, do casamento e da união estável, pode-se concluir que o legislador não equiparou o companheiro ao cônjuge em todos os aspectos. O casamento sempre foi conhecido como a única forma de se constituir a família legítima, sendo que a família constituída de outra forma, que não por meio do matrimônio, não era passível de proteção.

A união estável, como forma de constituir família, foi protegida somente pela Constituição Federal de 1988, porém a primeira norma infraconstitucional que regulamentou a matéria surgiu apenas no ano de 1994, sendo que, antes disso, o casal que convivesse em união estável não possuía proteção como entidade familiar.

Mesmo com toda a evolução histórica do direito de família, o casamento sempre foi visto com melhores olhos do que a união estável, que alguns doutrinadores, erroneamente, ainda denominam concubinato. Afinal, o casamento sempre foi, e ainda é, a forma mais tradicional de constituir família. Porém, com o passar do tempo, desde sua nascença na Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, a união estável vem sendo utilizada de forma mais reiterada, haja vista sua facilidade e menores exigências para a sua constituição.

Apesar de ambos serem institutos que possuem a mesma finalidade, qual seja, constituir família legítima e garantir a sua devida proteção, o casamento e a união estável são institutos tratados de forma diversa pela legislação. A própria Constituição Federal considera a união estável e o casamento institutos diversos, estabelecendo em seu artigo 226, § 3º, a possibilidade da conversão da união estável em casamento a requerimento dos companheiros. Assim, se um pode ser convertido no outro, é notório que não são iguais, sendo que suas divergências foram tratadas quando estudado cada instituto de forma particular nos capítulos

2 e 3 do presente trabalho, tais como ausência de formalidade para a constituição da união estável e a presença de inúmeras delas no casamento, que devem ser cumpridas sob pena de nulidade do ato, presença de requisitos a serem cumpridos para que a união estável possa ser protegida como forma de constituir família e ausência deles no matrimônio, entre outros que serão destacados a seguir.

Ao constituir uma união estável, a finalidade dos companheiros é a mesma dos cônjuges ao estabelecerem matrimônio. A pretensão é a convivência, constituindo uma família, ter filhos, prestar assistência um ao outro, apresentar-se perante a sociedade como uma família legalmente constituída, entre outros. Ocorre que, conforme estabelecido acima, a legislação estabelece tratamento diferenciado para ambos, não os equiparando, estabelecendo, portanto, que são institutos diversos. Equiparar os institutos seria o mesmo que acabar com o instituto da união estável, já que haveria dois institutos com a mesma finalidade, mesma forma de constituição, mesmos efeitos, retirando do indivíduo a liberdade de escolher a forma que lhe melhor aprouver de constituir a sua família.

Estabelecer qual dos institutos estudados é o mais vantajoso para o casal dependerá de uma série de circunstâncias, sendo que a observação do caso concreto se torna essencial para tanto. Ambos possuem pontos positivos e negativos, que serão devidamente expostos a seguir.

O que não pode ser afirmado é que a legislação equipara os institutos em todos os aspectos, quando na verdade não o faz, prevendo tal equiparação apenas em determinados casos. O Código Civil de 2002, diferentemente do diploma de 1916, traz um título próprio, em seu texto, sobre a união estável, constante nos artigos 1.723 a 1.727. Apesar do tratamento diferenciado dado pela legislação, existem doutrinadores que, em suas obras, consideram que os institutos são equiparados pela lei. Além disso, existem jurisprudências no sentido de que em determinados casos a equiparação pode ser feita para beneficiar as partes. Vejamos:

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO DE SERVIDORA FALECIDA. LEI 8.112/90, ART. 217. I, AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO EXPRESSA DE DEPENDENTE. DESNECESSIDADE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO. ART.226 § 3º DA CF/88. INEXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO. SENTENÇA MANTIDA EM PARTE. APELAÇÃO DESPROVIDA. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA. 1 - Acerca da imprescindibilidade da designação expressa de dependente, para fins previdenciários, é a orientação jurisprudencial do eg. Superior Tribunal de Federal e desta Corte Regional, no sentido de que “a designação prevista no artigo 217 da Lei 8.112/90 visa apenas a facilitar, junto à Administração, a vontade do instituidor em eleger o dependente

como seu beneficiário à pensão por morte, não implicando, sua ausência, óbice à aquisição do benefício, se comprovado inequivocamente, mediante outros meios, a união estável como entidade familiar.” (cf. REO 2001.39.00.008667-4/PA, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Segunda Turma, DJ 30/07/2007, p.58). Ainda no mesmo sentido: STJ: REsp 576667/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 04.12.2006 p. 357; TRF-1ª Região: AC 1998.39.00.003284-1/PA, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Rel. Conv. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes, Primeira Turma, DJ 12/03/2007 DJ p.8). 2 - Considerando-se o autor e a servidora falecida constituíram união estável, condição revelada por elementos de convicção seguros: existência de documentos que demonstrem que o autor e a falecida servidora moravam juntos a mais de dez anos, certidões de batismos de (fls. 20/21) que o autor e a servidora falecida foram padrinhos de batismo de duas crianças isso em 1981 e 1985. Considerando, mais, o reconhecimento da sociedade de fato, pela própria administração, nos atos de concessão e cancelamento do benefício, fica mantida a sentença recorrida, sob este aspecto. 3 - Por força da remessa oficial, deve ser reduzida a verba honorária para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidindo na hipótese o disposto na Súmula 111 do STJ, bem como juros de mora a partir da citação. 4 - Apelação do INSS à qual se nega provimento. Remessa oficial parcialmente provida (BRASIL, 2009).

Assim, por serem considerados institutos diversos, é evidente que são tratados de forma distinta pela legislação, possuindo cada um pontos positivos e negativos, conforme será analisado abaixo.

4.2 Pontos positivos da união estável

Conforme já exposto acima, quando tratados, separadamente, os institutos, o casamento para ser considerado válido deverá ser precedido de uma série de formalidades, tais como, processo de habilitação, entrega de documentação para certificar a ausência de parentesco entre os contraentes, publicação do edital de proclamas para dar ciência a todos da vontade dos contraentes de se casarem, entre outras. Antes do cumprimento de todas as formalidades os contraentes não estão habilitados ao casamento, não podendo contraí-lo.

Diferentemente, na união estável não são exigidas as formalidades acima expostas. Aliás, não é exigida sequer uma formalidade preliminar à sua constituição, bastando que os companheiros cumpram os requisitos exigidos pela lei, quais sejam, diversidade de sexos, convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família, para que possa a união ser considerada estável e passe a ser protegida legalmente. Dessa forma, pode-se concluir que a constituição da união estável se dá de forma mais ágil do que no casamento,

haja vista que, estando presentes todos os requisitos acima enumerados, a união está passível de proteção.

Devido ao fato de não existirem formalidades a serem cumpridas, existe uma maior comodidade e facilidade aos conviventes, o que se torna mais uma vantagem às pessoas que, em vez de contraírem matrimônio, convivem em união estável.

Além disso, a união estável não é um ato solene, ao qual deve ser dada publicidade, bem como realizado perante testemunhas. Significa dizer que para sua constituição não devem ser cumpridas formalidades quanto ao procedimento, quanto à forma, bastando a convivência e o preenchimento dos requisitos previstos na lei e acima enumerados.

Não podemos deixar de destacar ainda que, com toda a evolução do direito de família estudado no presente trabalho, a união estável, além de passar a ser reconhecida como entidade familiar, passou a proteger mais direitos dos companheiros que antes não eram regulamentados. Assim, da mesma forma que no casamento, os filhos havidos de uma união estável devidamente constituída são protegidos pela lei, sendo garantidos a estes todos os direitos que são assegurados aos filhos havidos de uma relação constituída através do matrimônio, respeitando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade entre filhos. Ainda, são assegurados aos companheiros direitos previdenciários e direitos sucessórios quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, nos termos do artigo 1.790 do Código Civil, que, embora assegurado de forma menos benéfica do que para o cônjuge, conforme devidamente analisado no capítulo referente à união estável, não deixa de ser uma grande evolução na legislação.

Conclui-se, portanto, que, mesmo inexistindo formalidades para sua constituição, alguns direitos são devidamente garantidos aos companheiros, caracterizando um aspecto positivo para a constituição da união estável.

Ainda como aspecto positivo da união estável a se destacar, temos o fator econômico, uma vez que para constituir família por meio da união estável é necessário apenas que sejam preenchidos os requisitos previstos na lei. Assim, diferentemente do que ocorre no casamento, não haverá gastos com cerimônia, cartório, entre outros.

Além disso, conforme devidamente analisado acima, para constituir união estável basta que a pessoa seja separada de fato, não necessitando a separação judicial ou o divórcio. Assim, se um dos companheiros era casado anteriormente, poderá constituir união estável, caso seja separado de fato, não precisando passar pelos trâmites do divórcio, como é necessário para contrair matrimônio, o que, de certa forma, demandaria tempo.

Ademais, ao constituir união estável, os companheiros têm a possibilidade de se casarem sem passar por todos os trâmites legais necessários à constituição do casamento, haja vista que a união estável pode ser convertida em casamento a qualquer momento, bastando o requerimento de ambos os companheiros, consoante o disposto no artigo 1.726 do Código Civil. Poderá ocorrer, portanto, situação em que um homem e uma mulher passem a conviver em união estável e, após requeiram a conversão da união em casamento, não sendo necessária a apresentação de toda a documentação exigida caso fossem optar pelo matrimônio, sendo, da mesma forma, dispensada a publicação dos editais de proclamas, além da vantagem de se verem casados de forma mais ágil e com maior facilidade.

4.3 Pontos negativos da união estável

Como não poderia deixar de ser, além de pontos positivos, conforme o disposto acima, a união estável também possui algumas desvantagens, as quais serão destacadas a seguir.

Uma das formas de dissolução da união estável é a morte de um dos companheiros. Caso a união estável seja dissolvida pela morte de um dos companheiros, a legislação garante ao sobrevivente o direito real de habitação. Significa dizer que o companheiro sobrevivente terá direito de continuar morando na residência do casal até que se case, constitua nova união estável ou morra. Observa-se que o tempo em que o direito real de habitação é concedido é limitado e condicional, pois se ocorrer quaisquer das hipóteses acima elencadas, o companheiro sobrevivente perderá tal direito. O direito real de habitação foi garantido ao companheiro sobrevivente por meio da Lei nº 9.278/1996. A este respeito dispõe Schlogl (2007):

Assim, quando a lei entrou em vigor, sofreu várias críticas, porque o direito real de habitação foi conferido ao companheiro sobrevivente sem restrições, diferente do que ocorria ao cônjuge sobrevivente, visto que na união estável não existe distinção de regime de bens, como ocorre no casamento. Oliveira, ao focar sobre a Lei nº 9.278/96, deixou bem claro que houve uma conquista dos conviventes em termos sucessórios e destaca que perante a referida Lei: “[...] o direito sucessório do convivente sobrevivente é igual ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente”; não tendo qualquer alusão de ter que ser o imóvel o único bem a inventariar, gerando contradição legal, pois garantiu ao convivente mais direitos do que ao cônjuge.

Diferentemente de quando a lei entrou em vigor, nos dias atuais é garantido ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação com algumas condições, quais sejam,

enquanto não se casar, não constituir união estável ou, estando presentes ambas as hipóteses anteriores, tal direito será garantido até a sua morte.

Apesar da doutrina e da jurisprudência garantirem tal direito aos conviventes, o título do Código Civil, que traz as disposições sobre união estável, não prevê o direito real de habitação aos companheiros. Assim, parte da doutrina adota o posicionamento de que a Lei nº 9.278/1996 não foi totalmente revogada pelo Código Civil de 2002, sendo somente revogadas as disposições em contrário. Dessa forma, o direito real de habitação é garantido aos companheiros por força de tal legislação. Para os adeptos de tal entendimento, caso a Lei nº 9.278/1996 tivesse sido totalmente revogada pela Lei nº 10.406/2002, que instituiu o Código Civil, o direito real de habitação não mais estaria em vigor, não sendo assegurado aos conviventes.

Além disso, pelo fato da união estável não ser precedida de formalidades e não ser um ato formal que é feito por meio de uma cerimônia, na presença de uma autoridade e ao qual é dada publicidade, sua prova é de maior dificuldade. Para a sua constituição, como já ressaltado acima, é necessário apenas o preenchimento dos requisitos previstos na lei. Porém, com o seu término, por vontade das partes ou pela morte de um dos companheiros, é assegurado ao companheiro de menores condições financeiras ou ao sobrevivente o direito a alimentos, bem como direitos sucessórios.

Ocorre que, para que tais direitos possam ser, de fato, garantidos ao convivente é necessário prova inequívoca da existência da união, caso contrário, qualquer pessoa poderia alegar que vivia em união estável com outra apenas para se beneficiar dos direitos que a lei garante aos conviventes. Assim, a prova da união estável é de suma importância, porém não é tão simples como no casamento. Portanto, ao optar por constituir família por meio da união estável, é recomendado aos companheiros que celebrem um contrato, contrato este já citado no presente trabalho e que equivale ao pacto antenupcial, estabelecendo por meio dele qual o regime de bens adotado. Dessa forma, o contrato torna-se um meio de se provar a constituição da união estável. Além disso, a prova, em muitos casos, é feita por meio de testemunhas, alegando que o casal convivia como se casados fossem perante a sociedade. Ressalta-se que em algumas hipóteses a prova testemunhal é a única possível para se comprovar a existência do vínculo.

No tocante aos direitos sucessórios cumpre salientar que, de forma expressa, o legislador deixou o companheiro em situação menos favorável que o cônjuge. O companheiro ou a companheira somente participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos na constância da união estável de forma onerosa. Assim, bens adquiridos por um dos

companheiros por doação, por exemplo, não farão parte da sucessão quanto ao companheiro, sendo que somente os adquiridos onerosamente, através da compra, por exemplo, é que farão parte da sucessão.

Além disso, o companheiro, quando concorre com filhos comuns, ou seja, filhos do casal, possui direito a uma quota igual a que por lei for atribuída ao filho. Assim, se houver um patrimônio de 100 mil reais a ser dividido entre o companheiro e quatro filhos, cada um terá direito a 25 mil reais, correspondente ao valor total dividido por cinco, já que a lei prevê que o convivente terá direito à mesma quota parte que cada filho. Diferentemente ocorre no casamento, em que é assegurado ao cônjuge uma quota mínima de um quarto do valor total da herança, quando concorrer com filhos comuns. É o que preceitua o artigo 1.832 do Código Civil. Assim, no exemplo citado acima, o companheiro teria direito, no mínimo a 25 mil reais, correspondente a um quarto de 100 mil, valor total da herança.

Ainda, o artigo 1.790 do Código Civil estabeleceu que, ao concorrer com outros parentes sucessíveis que não os filhos, comuns ou somente do autor da herança, o companheiro terá direito a um terço do valor da herança. Neste caso, se o convivente concorrer com ascendentes ou colaterais de terceiro grau, por exemplo, terá direito apenas a um terço da herança. Se, no caso, concorrer com pai e mãe do falecido, justa seria a divisão, pois haveria a divisão de forma igualitária. Porém, se concorrer com um tio, por exemplo, este levaria dois terços da herança, enquanto que o companheiro ficaria com apenas um terço, demonstrado aqui o tratamento diferenciado comparado com o cônjuge.

Por fim, cumpre ressaltar que, no tocante à dissolução, a união estável é mais favorável às partes do que o casamento. Afinal, conforme já estabelecido acima, existindo consenso entre os companheiros quanto à dissolução, bem como quanto à guarda dos filhos e alimentos, não há necessidade de recorrer ao judiciário para se ver extinta a união estável. Podem, contudo, entrar com ação de reconhecimento de união estável, onde o juiz analisará se estão presentes os requisitos necessários à sua constituição, com a conseqüente dissolução, caso não haja acordo entre os interessados, ou seja, os companheiros.

4.4 Pontos positivos do casamento

Agora passaremos a analisar os pontos positivos e negativos do casamento.

Como no casamento, após a realização da cerimônia, é entregue aos contraentes uma certidão de casamento, a prova de sua existência se torna mais fácil do que a da união estável, conforme já explanado acima.

Além do mais, o casamento é precedido de uma série de formalidades, o que, de certa forma, garante uma maior tranquilidade aos conviventes. A prova da existência do matrimônio se torna necessária, principalmente quando de sua extinção, para garantir aos cônjuges os direitos assegurados pela legislação, afinal, para que tais direitos, tais como previdenciários, alimentícios, sucessórios, possam ser de fato implementados, o vínculo matrimonial deve estar devidamente comprovado.

Assim como ocorre na união estável, no casamento também é assegurado ao cônjuge o direito real de habitação, direito de continuar vivendo na casa em que morava com seu falecido cônjuge. Ocorre que, para o cônjuge não há limitação de tempo como para o companheiro.

O artigo 1.831 do Código Civil assim estabelece:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Na união estável, conforme dito anteriormente, o companheiro terá direito real de habitação até que não constitua nova união estável ou se case, sendo que possuirá esse direito de forma vitalícia apenas se não ocorrer nenhuma das hipóteses acima citadas.

Já no casamento, tal direito é garantido ao cônjuge sem limite temporal, não importando que se case novamente ou que constitua uma união estável. A única condição exigida pela lei é que o imóvel seja o único a inventariar.

No tocante aos direitos sucessórios cabe esclarecer que, diferentemente do que ocorre na união estável, no casamento, se não houver ascendente e descendente do cônjuge falecido, o sobrevivente ficará com toda a herança. Lembrando que na união estável, se o companheiro concorrer com um colateral, por exemplo, terá direito a apenas um terço do valor total da herança. Aqui, se o cônjuge concorrer com algum parente na linha colateral do falecido, ficará com a totalidade do valor a ser herdado. A este respeito dispõe o artigo 1.838 do Código Civil de 2002, que estabelece que: “em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.

Embora a união estável venha ganhando seu espaço, o casamento sempre foi tido como a forma de se constituir família legítima. A seguridade que o casamento traz faz com

que as pessoas o adotem em vez da união sem matrimônio. Assim, mesmo com todas as formalidades existentes e essenciais a sua constituição, o casamento é visto por alguns como mais seguro, sendo um dos motivos principais de sua escolha.

4.5 Pontos negativos do casamento

Para que o casamento possa ser considerado válido e possa ser protegido pela legislação, é necessário que seja precedido de todas as formalidade já devidamente estudadas no presente trabalho. Assim, não há casamento sem o cumprimento de todas as etapas previstas para sua constituição. Existem casos em que a lei libera os contraentes das formalidades preliminares, sendo uma exceção, pois a regra é o cumprimento de tais formalidades, o que demanda tempo e gasto.

Além das formalidades a serem cumpridas para a sua habilitação, cabe esclarecer que o casamento é um ato solene, deve ser celebrado na presença de testemunhas e perante uma autoridade celebrante, que durante a cerimônia deverá ler as palavras sacramentais previstas na legislação e colher o manifesto de vontade dos contraentes em se casar, dentre outros previstos no capítulo referente a tal instituto acima estudado. Sem o cumprimento de todas essas formalidades, o matrimônio não é considerado válido.

Outro ponto negativo do casamento a se destacar, comparando-o à união estável, é a sua dissolução.

Conforme já devidamente analisado acima em item próprio, como para sua constituição são exigidas uma série de formalidades, para a dissolução do casamento não é diferente.

Antes da emenda constitucional nº 66/2010, para a dissolução do matrimônio era necessário passar pela separação, seja ela de fato ou judicial, para somente após os cônjuges conseguirem o *status* de divorciados. Com isso, era necessário observar o cumprimento de alguns prazos.

Todavia, com a vigência desta nova emenda, os cônjuges podem se divorciar diretamente e a qualquer tempo, sem passar previamente pela separação de fato ou judicial.

Mesmo após a mudança no texto de lei, a dissolução do casamento continua a ser mais prejudicial às partes do que a dissolução da união estável, em que basta a “separação de fato”, caso haja acordo entre os companheiros.

O objetivo do presente trabalho é estabelecer as principais diferenças entre os institutos do casamento e da união estável, destacando seus pontos positivos e negativos, porém, não é pretensão esgotar o assunto em algumas páginas. Ainda existem outros aspectos que poderiam aqui ser analisados, entretanto, os destacados acima se caracterizam como os principais e mais marcantes para que a divergência se torne mais visível, considerando-se, assim, suficientes para a conclusão do estudo em apreço.

4.6 Hipóteses em que a legislação equipara o cônjuge ao companheiro(a)

Embora os institutos do casamento e da união estável sejam tratados de forma diversa pela legislação, existindo pontos positivos e negativos em ambos, conforme analisado acima, existem hipóteses em que a lei estabeleceu tratamento igualitário aos institutos. É o que passaremos a discorrer a seguir.

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que ambos são institutos protegidos pela Constituição Federal como forma de constituir família legítima, passível de proteção do Estado.

Cumprir observar, ainda, que um dos aspectos tratados de forma igualitária pela lei referente ao casamento e à união estável é o regime de bens. Assim como no casamento, quando os companheiros nada estabelecerem sobre o regime de bens a ser adotado na vigência da união estável, vigorará o regime da comunhão parcial de bens, conhecido também como regime legal. É o que prevê o artigo 1.725 do Código Civil: “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Ainda sobre o regime de bens a ser adotado, observa-se que, da mesma forma que no casamento os contraentes podem adotar o regime que quiserem por meio de pacto antenupcial, os companheiros podem celebrar um contrato, equivalente ao pacto, estabelecendo qual regime de bens será adotado na constância da união estável.

Além do mais, da mesma forma que no casamento, na união estável existem deveres a serem cumpridos. Assim, não é pelo fato de que sua constituição é mais simples que não devem ser respeitados os deveres de lealdade, respeito, assistência material e espiritual, guarda e educação dos filhos, entre outros já devidamente analisados.

Observa-se, após todo o estudo acima feito, que estabelecer qual instituto é mais benéfico às partes depende da análise do caso concreto, podendo existir situações em que o casamento se torne mais benéfico e em outras que a união estável o seja.

Assim, buscou-se, aqui, não esgotar as hipóteses de equiparação entre os institutos, tampouco seus aspectos positivos e negativos, mas sim esclarecer que são institutos diversos, em que a legislação estabeleceu tratamento diferenciado, apesar de possuírem o mesmo objetivo, qual seja, constituir família e assegurar a proteção que lhe é de direito, haja vista que é a base da sociedade.

CONCLUSÃO

Após toda a fundamentação acima exposta, tanto do casamento quanto da união estável, como formas de constituir família, podemos retirar algumas conclusões.

O casamento é a forma mais tradicional de se constituir família, porém não é a única, existindo também a família constituída pela união estável, união do homem e da mulher sem casamento, e a família formada por um dos pais e seus filhos, denominada família monoparental.

Em primeiro lugar, concluímos que nem sempre a família constituída pela união estável foi protegida pela lei, sendo que tal proteção surgiu apenas em 1988, com a Constituição Federal. Assim, antes de 1988, o casal que pretendesse constituir família e possuir proteção do Estado não possuía alternativa senão recorrer ao matrimônio.

Todavia, nos dias atuais, os casais possuem a alternativa de recorrer à união estável e, ao optarem por tal instituto, possuem total proteção, tal como no casamento.

A família, como base da sociedade, merece toda proteção do Estado, sendo que este não deve permitir qualquer interferência na entidade familiar, nem que qualquer das partes saia prejudicada caso ocorra a dissolução de qualquer das formas de constituir família, seja o casamento, seja a união estável, bem como deve garantir que os interesses dos filhos sejam sempre preservados.

Além disso, vimos que, apesar de ambos os institutos serem formas de constituir família, não é correto afirmar que são idênticos e que a legislação os equiparou em todos os sentidos. Caso tal equiparação tivesse sido feita, não haveria sentido a existência da união sem casamento, além de caracterizar grande afronta ao postulado que garante a liberdade de escolha dos indivíduos.

Dessa forma, existem grandes diferenças entre os institutos do casamento e da união estável, cada qual com suas vantagens e desvantagens, sendo uma escolha dos conviventes a forma pela qual constituirão sua família.

Estabelecer qual forma seria a mais vantajosa aos companheiros dependeria de uma análise do caso concreto, afinal, tendo em vista que ambos possuem pontos positivos e negativos, em cada caso, particularmente, um instituto pode ser mais vantajoso, enquanto em outros pode tornar-se prejudicial ao casal.

Ademais, cumpre ressaltar que a união estável é marcada pela informalidade, haja vista que para sua constituição não é exigida sequer uma formalidade, diferentemente do

casamento, o qual deve ser precedido de uma série de formalidades para que possa ser considerado válido. Tal característica da união estável fez com que os casais passassem a optar, cada vez mais, por esta forma de constituir família. Contudo, apesar de seu crescimento, o matrimônio ainda é visto como a melhor forma de constituir família, devido à segurança que traz aos casais.

Diante de todo o exposto, verificamos que a finalidade da legislação ao proteger a união estável, assim como o casamento, foi proteger a família, seja ela formada por meio do casamento ou da união estável. A Constituição Federal de 1988, ao dispor que a união estável é forma de constituir família, de certa forma, colocou fim à injustiça existente na legislação pátria anterior, que protegia somente o casamento, limitando, portanto, a liberdade de escolha dos casais ao optarem pela forma de constituir família.

Ao proteger somente o casamento, a legislação, de certa forma, obrigava os casais que pretendiam formar uma família legítima a optarem por tal instituto, tendo que passar por todos os trâmites e formalidades já estudadas, mesmo não sendo esta sua vontade e, até mesmo, não possuindo condições financeiras para tanto, já que o casamento demanda gastos.

Caso formassem uma união estável, ou concubinato, como era denominado anteriormente, os casais não possuíam proteção como entidade familiar e, caso não fosse mais da vontade das partes continuarem juntas, cada qual ficaria com seus próprios bens, podendo ser prejudicados, já que a lei não lhes trazia nenhuma garantia.

Em suma, ao incluir a união estável como forma de constituir família, a Constituição Federal garantiu a liberdade de escolha, segundo os gostos e as possibilidades de cada indivíduo, reforçando o princípio nela garantido, segundo o qual a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lara Oleques. **A função social da família e a ética do afeto**: transformações jurídicas no Direito de Família. Disponível em: <<http://galileu.fundanet.br/revista/index.php/REGRAD/article/viewFile/43/70>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Direito de família e psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**. 3. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1985.

BRASIL. **Código Civil**. 8. ed. (Coleção de Leis Rideel). São Paulo: Rideel, 2009a. 118 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Anne Joyce Angher (Org.). 8. ed. (Coleção de Leis Rideel). São Paulo: Rideel, 2009b. 107 p.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. (Coleção de Leis Rideel). São Paulo: Rideel, 2009. 14 p.

BRASIL. Lei n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. 8. ed. (Coleção de Leis Rideel). São Paulo: Rideel, 2009. 2 p.

BRASIL. Lei n.9.278 de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. 8. ed. (Coleção de Leis Rideel). São Paulo: Rideel, 2009. 1 p.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação Civil nº 199938000371436. Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista. Minas Gerais, 16 de junho de 2008. Data da Publicação: 16 set. 2008.

CAMPOS, Patrícia Eleutério. **A união estável e o novo Código Civil**: uma análise evolutiva. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4342>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

CARMO, Luiz Sérgio do. **Do concubinato à união estável**: sob a luz do novo Código Civil. Doutrina – Legislação – Jurisprudência. São Paulo: Edijur, 2003.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.fundap.sp.gov.br/ouvidoria/dados/dudh.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. v. 5, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **O direito na década de 1990: novos aspectos**. Estudo em Homenagem ao Prof. Arnaldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

_____. **Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. v. 6, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renata Fernandes. **Princípio da dignidade humana, direitos humanos, sociedade**. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/14076/1/PRINCIPIO-DA-DIGNIDADE-DA-PESSOA-HUMANA-/pagina1.html>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

MELO, Edson Teixeira de. **Princípios constitucionais do Direito de Família**. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9093>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 2, 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito civil: direito de família**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. In: **Direito, Estado e sociedade**. v. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1999. p. 108.

_____. **O Princípio da solidariedade**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v. 5 - Direito de Família. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

NASCIMENTO, José Moacyr Doretto; CARDOZO, Gustavo Gonçalves. **A emenda do divórcio**: singelas reflexões. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorciosingelas-reflexoes>>. Acesso em: 22 jul. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio M. S. **Instituições de direito civil**. v. 5, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PORTO, Delmiro. **A união estável sob os ângulos da informalidade e da prova**. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14280&p=1>>. Acesso em: 6 maio 2010.

PRETEL, Mariana Pretel e. **Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66**. 2010. Disponível em: <<http://www.mp.to.gov.br/cint/cesaf/arqs/300710112604.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

PRETTI, Gleibe. **Adoção e Família**. 2002. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/901/Adocao-e-familia>>. Acesso em: 29 set. 2010.

ROCHA, Rafaele Ferreira; OLIVEIRA, Gleick Meira. **Paternidade sócio-afetiva: o afeto faz apelo à paternidade**. 2008. Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1209&Itemid=83>. Acesso em: 4 jul. 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6, 27. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Fernanda Moreira dos. **União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional**. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213>>. Acesso em: 5 maio 2010.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; TAGLIARI, Renata Holzbach. **O Princípio da Solidariedade e os Direitos Humanos Fundamentais como meios de valorização do afeto nos vínculos de filiação**. 2009. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5892>. Acesso em: 16 jul. 2010.

SCHLOGL, Adriana Espezim. **Direito real de habitação do companheiro sobrevivente**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3562/Direito-real-de-habitacao-do-companheiro-sobrevivente>>. Acesso em: 31 maio 2010.

SEIXAS SANTOS, Gizelda Maria Scalon. **União estável e alimentos**: de acordo com a Lei n.º 9.278 de 10-05-96. Doutrina – Legislação – Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: de Direito, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

_____. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce/princfam.doc> >. Acesso em: 10 ago. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Emenda. Extinção da separação judicial**. (2010). Disponível em: <<http://www.silviovenosa.com.br/artigo/extincao-da-separacao-judicial>>. Acesso em: 14 ago. 2010.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VILAS BOAS, Renata Malta. **A importância dos princípios específicos do direito das famílias**. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2225332/artigo-a-importancia-dos-principios-especificos-do-direito-das-familias-por-renata-malta-vilas-boas>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

WALD, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. rev. ampl. e atual. com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OBRAS CONSULTADAS

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1996.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A família**: conceito e evolução histórica e sua importância. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/18496/18060>>. Acesso em: 10 fev. 2010.