



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

LIZE BORGES GALVÃO

**A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL: Uma análise do direito das famílias
segundo a doutrina contemporânea.**

SALVADOR

2019

LIZE BORGES GALVÃO

**A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL: Uma análise do direito das famílias
segundo a doutrina contemporânea.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador - UCSAL, como requisito parcial para a obtenção do nível de Mestra em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lélis Colani Barbosa.

Área de concentração: Família em Mudança

SALVADOR

2019

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

G182 Galvão, Lize Borges

A configuração da união estável: uma análise do direito das famílias segundo a doutrina contemporânea / Lize Borges Galvão. – Salvador, 2019.

96 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lélis Colani Barbosa.

1. Família. 2. Direito de Família 3. União Estável 4. Elementos Caracterizadores. I. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação II. Barbosa, Camilo de Lélis Colani – Orientador III. Título.

CDU 316.356.2:347.628

TERMO DE APROVAÇÃO

Lize Borges Galvão

“A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL: UMA ANÁLISE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS SEGUNDO A DOCTRINA CONTEMPORÂNEA.”


Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 21 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa
Orientador(a) - (UCSAL)



Prof. Dr. Leandro Reinaldo da Cunha – (UFBA)



Prof.ª Dr.ª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – (UCSAL)

Dedico esse trabalho à minha mãe, Débora.

Minha primeira professora nas lições da vida.

*“O correr da vida embrulha tudo.
A vida é assim: esquenta e esfria,
aperta e daí afrouxa,
sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é coragem.”*

Guimarães Rosa

AGRADECIMENTOS

“A gente quer passar um rio a nado, e passa; mas vai dar na outra banda é num ponto muito mais embaixo, bem diverso do em que primeiro se pensou. Viver não é muito perigoso?”

Guimarães Rosa

Eis a parte mais difícil de colocar no papel, sobretudo depois de ter atravessado esse rio a nado. Felizmente, contei com bons técnicos e técnicas, que me prepararam e encorajaram para esse desafio, além de uma grande torcida do outro lado da margem.

Agradeço à toda minha família, em especial à minha mãe, por sempre investir bem mais do que tem e pode na minha educação, por me ensinar desde nova a ter coragem e ousadia para realizar os meus sonhos. Ela, sem dúvidas, sempre foi a minha boia, acreditando nos meus sonhos por mim e por ela, quando me faltava fé.

Ao meu irmão, João Pedro, por me proporcionar tantos momentos de alegria, por me incentivar a me despir de tantos (pré)conceitos e por me fazer levantar frente a injustiças. Juntos nunca afogamos, irmão.

À minha avó, por ter dividido o teto e seu tempo, desde o ensino médio até o fim da faculdade de direito, me proporcionando lembranças afetivas, como nosso café da tarde.

À Professora Vanessa Cavalcanti, por acreditar, acalentar, partilhar, ensinar, integrar, incentivar, proporcionar, impulsionar e todos os verbos motivacionais que poderiam caber numa oração. Por me ajudar entender a minha potencialidade e me fazer afiar as unhas, como uma lenhadora que afia seu machado para ir à luta. E, por ser ar fresco, sempre oxigenando nossas ideias.

Ao Professor Leandro da Cunha, que esbarrou em meu percurso acadêmico ao assistir uma *live* no *instagram* e logo promoveu mudanças expressivas em minha rota. Por proporcionar reflexões sempre apuradas no grupo de pesquisa sobre gênero e sexualidade, que me alegro em fazer parte. Por me acolher como *little monster* numa família acadêmica tão rica e diversa. Ele sem dúvidas, é o mestre dos últimos suspiros, que consegue extrair até o que não sabíamos que tínhamos, mesmo nos momentos mais adversos.

Ao Professor e orientador Camilo Colani, pela disponibilidade e incentivo. Aos demais professores e funcionários da UCSAL, pela atenção e cuidado. E à FAPESB pelo apoio financeiro que me possibilitou a realização dessa pesquisa.

Aos meus alunos e minhas alunas da graduação, que me motivam a querer sempre mais da vida acadêmica.

RESUMO

A presente investigação surge da necessidade de melhor entender o instituto da união estável na doutrina contemporânea, sobretudo no que diz respeito aos elementos subjetivos para sua identificação. Isto porque, nos termos do art. 1.723 do Código Civil, é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Contudo, tais elementos caracterizadores são subjetivos, sendo certo que cada decisão judicial em casos litigiosos que eventualmente venha reconhecer ou afastar a união estável e seus efeitos, deverá observar o caso concreto e as particularidades da relação em análise. Os referidos elementos caracterizadores, por serem subjetivos, levantam dúvidas de ordem prática, como por exemplo se é necessária a convivência por um prazo mínimo, que ambos residam na mesma casa ou se é exigida a celebração de alguma solenidade para que seja constituída a união estável, como no casamento. Desta forma, para melhor entender como essa entidade familiar fora inicialmente concebida no ordenamento jurídico brasileiro, foram consultados os livros dos civilistas Caio Mário da Silva Pereira, Clóvis Beviláqua, Miguel Reale e Orlando Gomes publicados alguns anos antes do advento da Constituição Federal de 1988, marco normativo que reconheceu a união estável como entidade familiar. Foram, ainda, analisadas as leis infraconstitucionais, Lei nº 8.971/94 e nº 9.278/96, que serviram para regulamentar a união estável após a entrada em vigor da Carta Magna, bem como advento do Código Civil, a Lei nº 10.406/02, atualmente em vigor, que regulamente a união estável. Nesse sentido, tem-se que o objetivo geral do presente estudo consiste na identificação de como a configuração da união estável é definida pelos juristas contemporâneos, tendo sido analisado os livros de direito civil elaborados por Anderson Schreiber, Arnaldo Rizzardo, Carlos Roberto Gonçalves, Conrado Paulino da Rosa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, Rolf Madaleno, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares. Em relação aos objetivos específicos, buscou-se no presente estudo: a) a identificar de possível uniformidade na definição dos elementos caracterizadores da união estável na doutrina contemporânea; b) na hipótese de que seja encontrada alguma divergência, apontar quais são as diferentes correntes doutrinárias; c) identificar como e quais recursos são utilizados pelos doutrinadores para ilustrar a subjetividade dos elementos caracterizadores da união estável; d) identificar se são analisados pelos doutrinadores, os aspectos sociais, culturais e econômicos, além do jurídico. Como percurso metodológico, em atenção à viabilidade da pesquisa, foi escolhido como método a revisão bibliográfica, estabelecendo-se o recorte metodológico consistente na utilização de títulos publicados entre 2015 e 2019, dada as recentes alterações no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que diz respeito aos novos precedentes jurisprudenciais. Os livros de direito civil que foram utilizados pertencem ao acervo pessoal da pesquisadora, bem como do acervo das bibliotecas física e virtual da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e da Universidade Federal de Bahia (UFBA). Conforme restará demonstrado no curso desse estudo, constatou-se que os autores analisados divergem na identificação da união estável, sendo certo que alguns destes apontam a existência de elementos caracterizadores extras, para além daqueles expressamente previstos em lei. Ademais, a maioria dos títulos contemporâneos estudam a união estável sob o viés puramente jurídico, não se utilizando de recursos de outras ciências como a antropologia, economia, sociologia ou psicologia para contextualizar a subjetividade da união estável.

Palavras-chave: Família. Direito de Família. União estável. Elementos caracterizadores.

ABSTRACT

This research considers the need to understand the institute of common-law marriage in contemporary doctrine, especially the subjective elements for its identification. The art. 1723 of the Brazilian Civil Code, recognizes the common-law marriage as the family established between man and woman based on stable, public, continuous and lasting cohabitation and with the purpose of constituting a family. However, these characteristic elements are very subjective, so each judicial decision in disputed cases may recognize or dismiss the common-law marriage and its effects, should observe the specific case and the particularities of the relationship under analysis. Because they are very subjective, the characterizing elements provides some doubts to identifying common-law marriage, for example if there is a minimum period of time, if the couple must reside in the same house, or if a solemnity is required to formalize the common-law marriage, as it is in civil marriage. To understand how this family was initially conceived in the Brazilian Legal System, we consulted the books of civilists Caio Mário da Silva Pereira, Clovis Beviláqua, Miguel Reale and Orlando Gomes published a few years before the creation of the Federal Constitution of 1988, which was the first law to recognize the common-law marriage as a family. The infraconstitutional laws, Law 8,971 / 94 and 9,278 / 96, which served to regulate the common-law marriage after the Federal Constitution, as well as the Civil Code, Law 10.406 / 02 were analyzed by this investigation. The general objective of the present study is to identify how the common-law marriage configuration is defined by contemporary jurists. The books of civil law written by Anderson Schreiber, Arnaldo Rizzardo, Carlos Roberto Gonçalves, Conrado Paulino da Rosa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, Rolf Madaleno, Washington de Barros Monteiro and Regina Beatriz Tavares. The specific objectives of the present study were: a) to identify if there is uniformity in the definition of the elements that characterize common-law marriage in contemporary doctrine; b) if any discrepancy is found, indicate which they are; c) identify how and what resources are used by jurists to illustrate the subjectivity of the elements that characterize common-law marriage; d) to verify if the social, cultural and economic aspects, besides the legal ones are analyzed by the authors. The methodology adopted is the literature review, establishing the methodological approach to the analysis of books published between 2015 and 2019, due to the current changes in the Brazilian legal system, considering the new precedents. The civil law books that were used in this investigation belong to the researcher's personal collection and to the physical and virtual libraries of the Universidade Católica do Salvador (UCSAL) and the Universidade Federal de Bahia (UFBA). It will be demonstrated in this investigation that the authors analyzed differ in the identification of common-law marriage, and some of these demonstrate the existence of extra characterizing elements, beyond those expressly provided for by law. Most contemporary jurists study common-law marriage from a purely legal perspective, not using resources from other sciences such as anthropology, economics, sociology or psychology to contextualize the subjectivity of common-law marriage.

Keywords: Family. Family Law. Common-law marriage. Characterizing elements.

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1 – Em 1977 Nelson Carneiro recebe apoio ao projeto de divórcio.....27
- Figura 2 – Senadores e deputados apoiadores do divórcio festejam no plenário os votos favoráveis à proposta de Carneiro e Accioly.....27

LISTA DE TABELAS

| | |
|---|----|
| Tabela 1 – Quadro comparativo do art. 240 do Código Civil de 1916 com o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio..... | 26 |
| Tabela 2 – Quadro comparativo do art. 258 do Código Civil de 1916 com a Lei do Divórcio..... | 26 |
| Tabela 3 – Quadro comparativo entre a sucessão do cônjuge e do companheiro – artigos 1.829 e 1.790 do Código Civil de 2002..... | 32 |

LISTA DE ABREVIACOES E SIGLAS

| | |
|--------|---|
| ADFAS | Associação de Direito de Família e das Sucessoes |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADIN | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| CC/02 | Código Civil de 2002 |
| CC/16 | Código Civil de 1916 |
| CF/88 | Constituição Federal de 1988 |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CREUB | Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 |
| ECA | Estatuto da Criança e do Adolescente |
| EMC | Estatuto da Mulher Casada |
| EPD | Estatuto da Pessoa com Deficiência |
| IBDFAM | Instituto Brasileiro de Direito das Famílias |
| LRP | Lei de Registros Públicos |
| Resp | Recurso Especial |
| RE | Recurso Extraordinário |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJBA | Tribunal de Justiça do Estado da Bahia |
| TJRJ | Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro |
| TJRS | Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul |
| TJSP | Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo |
| UCSAL | Universidade Católica de Salvador |
| UFBA | Universidade Federal da Bahia |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 16 |
| 1.1 OBJETIVO GERAL..... | 18 |
| 1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS..... | 18 |
| 1.3 METODOLOGIA..... | 18 |
| 1.4. JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA..... | 19 |
| 2. DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DOS MARCOS EXPRESSIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 21 |
| 2.1. CONSIDERAÇÕES ANTERIORES A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... | 21 |
| 2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ESTÁVEIS COMO ENTIDADE FAMILIAR E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS..... | 28 |
| 2.3. FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE: O VALOR JURÍDICO DO AFETO E OS PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES..... | 34 |
| 2.4. CONSIDERAÇÕES SOBRE NAMORO, UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO FRENTE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS..... | 38 |
| 3. A DOUTRINA CONTEMPORÂNEA E OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL..... | 42 |
| 3.1. DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES NÃO PREVISTOS NO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 | 42 |
| 3.1.1. MONOGAMIA E IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS..... | 43 |
| 3.1.2 CAPACIDADE CIVIL DOS CONVIVENTES..... | 47 |
| 3.1.3 COABITAÇÃO..... | 51 |
| 3.1.4. PROLE OU PRAZO DE CONSTITUIÇÃO..... | 53 |
| 3.2. DOS ELEMENTOS PREVISTOS EM LEI E A INTERPRETAÇÃO DA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA..... | 56 |
| 3.2.1 DIVERSIDADE DE SEXO..... | 56 |
| 3.2.2. PUBLICIDADE, CONTINUIDADE, DURABILIDADE E OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA..... | 60 |
| 4. SUBJETIVIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL SEGUNDO A DOUTRINA..... | 65 |
| 4.1 A DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES PELA DOUTRINA..... | 65 |

| | |
|--|-----------|
| 4.2. A UTILIZAÇÃO DE CIÊNCIAS DIVERSAS DO DIREITO..... | 69 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 72 |
| REFERÊNCIAS..... | 75 |
| ANEXOS..... | 81 |

1. INTRODUÇÃO

Antes do advento da Constituição Federal no Brasil em 1988, o marco formador da família era exclusivamente o casamento. A partir dele, uma série de efeitos pessoais, patrimoniais, sucessórios e previdenciários passam a reverberar, a exemplo da mudança do estado civil, sendo facultada a alteração do nome com a consequente adoção do sobrenome do(a) cônjuge, a escolha do regime de bens¹ e o direito à meação em caso de dissolução do matrimônio e à herança.

Os casais que efetivamente desejarem se casar, além de manifestar a vontade de fazê-lo, precisam comparecer a um cartório em posse dos documentos legalmente exigidos², dando entrada no respectivo pedido de habilitação, onde será promovida a publicidade necessária ao futuro enlace.

Será necessário, ainda, verificar se há alguma causa suspensivas³ ou impeditivas⁴ para celebração do casamento. Somente após esse procedimento, o casal é considerado apto para a realização da cerimônia do casamento, seja ela civil ou religiosa com efeitos civis.

¹ Para o ordenamento jurídico brasileiro existem quatro regimes de bens possíveis, quais sejam, a comunhão parcial, comunhão universal, separação de bens e participação final nos aquestos, sendo possível optar por um deles por meio da celebração do pacto antenupcial para aqueles que optam pelo casamento ou pelo contrato de convivência no caso da união estável.

² O art. 1.525 do CC/02 exige para a habilitação do casamento que seja entregue pessoalmente ou por procuração os seguintes documentos: a) a certidão de nascimento ou documento equivalente; b) autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra c) declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar; d) declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; e) certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

³ O art. 1.523 do CC/02 destaca que não devem casar: a) o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; b) II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; c) o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; d) o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, sendo portanto as hipóteses de suspensão.

⁴ O art. 1.521 do CC/02 elenca as hipóteses impeditivas do casamento. Portanto não podem se casar: a) os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; b) os afins em linha reta; c) o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; d) os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; e) o adotado com o filho do adotante; f) as pessoas casadas; g) o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Tem-se que para celebração do casamento, ambas as partes precisam demonstrar ao Estado o desejo de se casar, atendendo aos requisitos legais, caso contrário, não poderá ser celebrado. Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação à união estável, que, diferente desse instituto, possui um conceito mais amplo e subjetivo.

Na união estável, não há um termo inicial específico e, por ser mais flexível na sua forma, não exige nenhum evento solene ou mesmo qualquer instrumento público ou privado que seja essencial para sua existência ou reconhecimento legal. Trata-se, pois, de uma situação eminentemente fática.

Para reconhecimento da união estável atualmente não é exigido, em regra, a demonstração de prazo mínimo de convivência, prole em comum ou que o casal resida na mesma casa, este último comumente chamado de coabitação. Portanto, a situação fática que demonstre ser pública, contínua, duradoura e, também, que ambas as partes tenham objetivo de constituir família, poderá ensejar o reconhecimento da união estável.

Uma vez reconhecido o instituto, esta passa a ter efeitos semelhantes ao casamento, podendo surgir para o casal os mencionados efeitos pessoais, patrimoniais sucessórios e previdenciários.

O reconhecimento da união estável também faz surgir desdobramentos sucessórios – sobretudo após o julgamento do Recurso Extraordinário Nº 878.694 em que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que estabelecia uma regra diferente para a sucessão do(a) companheiro(a), passando a equipará-lo(a) ao cônjuge no aspecto sucessório, pondo fim ao tratamento desigual nesse sentido.

Desta forma, se faz necessária a análise de como a união estável, sobretudo no que seus elementos caracterizadores, vem sendo balizados pela doutrina contemporânea, tendo em vista que desde o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico até os dias atuais, por se tratar de uma situação fática, os parâmetros para sua identificação são subjetivos, o que proporciona diversos questionamentos sobre como verificá-la.

1.1 OBJETIVOS GERAL

Considerando que o art. 1.723 do Código Civil⁵ estabeleceu como elementos caracterizadores da união estável a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família e, ainda, se verifica que tais elementos são imbuídos de subjetividade, tem-se que o objetivo geral do presente estudo é identificar como a configuração da união estável é definida pelos autores de direito civil contemporâneos.

1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Desta forma, foram estabelecidos como objetivos específicos para realização do presente estudo:

- a) a identificar se há uniformidade na definição dos elementos caracterizadores da união estável na doutrina contemporânea;
- b) na hipótese de que seja encontrada alguma divergência, apontar quais são as diferentes correntes doutrinárias;
- c) identificar como e quais recursos são utilizados pelos doutrinadores para ilustrar a subjetividade dos elementos caracterizadores da união estável;
- d) identificar se são analisados pelos doutrinadores, os aspectos sociais, culturais e econômicos, além do jurídico.

1.3. METODOLOGIA

Antes de adentrar à explicação da metodologia utilizada no presente estudo, é necessário registrar o percurso da presente pesquisa, pois esta originariamente seria realizada por meio de uma pesquisa qualitativa, com a devida análise das jurisprudências do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), visando identificar como o órgão judiciário fundamentava o reconhecimento da união estável em ações judiciais litigiosas e *post mortem* nos últimos 10 (dez anos).

⁵ Art. 1.723 do CC/02. 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.

Para tanto, seria utilizado o banco de jurisprudência disponibilizado de forma aberta e pública no site do tribunal, incluindo como palavras chaves “reconhecimento” e “união estável” para realização da pesquisa entre os anos de 2008 e 2018.

Contudo ao final de novembro de 2018, o TJBA realizou uma mudança no sistema de sua plataforma de busca de jurisprudências (ASCOM TJBA, 2018) que comprometeu os dados da pesquisa já parcialmente aprontada. Ao confrontar os dados anteriormente obtidos, verificou-se que a alteração impactou no comprometimento da amostra, tendo em vista que a busca não apresentava dados para os anos de 2008, 2009, 2010 e 2011 na nova plataforma.

Desta forma, em atenção a viabilidade metodológica da presente pesquisa, alterou-se o método do estudo, tendo sido escolhido como método a revisão bibliográfica, estabelecendo-se o recorte metodológico consistente na utilização de títulos publicados entre 2015 e 2019, dada as recentes alterações no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que diz respeito aos novos precedentes jurisprudenciais.

Foram analisados os livros de direito civil pertencentes ao acervo pessoal da pesquisadora e do acervo das bibliotecas física e virtual da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e da Universidade Federal de Bahia (UFBA).

Os autores analisados foram Anderson Schreiber, Arnaldo Rizzardo, Carlos Roberto Gonçalves, Conrado Paulino da Rosa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, Rolf Madaleno, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares.

1.4 JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA

A presente investigação se justifica na necessidade de identificar como os elementos caracterizadores da união estável vem sendo conceituados pela doutrina, sobretudo em razão da possível insegurança jurídica que a eventual falta de uniformidade na identificação da união estável pode causar à sociedade.

Tem-se, pois, que atualmente a união estável é caracterizada pelo art. 1.723 do Código Civil como sendo a entidade familiar estabelecida entre o homem e a mulher em convivência pública contínua e duradoura com objetivo de constituição de família, sendo, portanto, elementos permeados de abstração.

Por se tratar de elementos subjetivos, visando que a população possa exercer a plena vontade no sentido de decidir ou não pela convivência em união estável, adotando as ações e/ou os hábitos que possam justificar a verificação da entidade familiar na situação fática, se faz necessária a identificação de parâmetros mínimos de definição na doutrina civilista contemporânea.

Assim, o presente estudo busca trazer dados sobre como os doutrinadores contemporâneos percebem a união estável e como ilustram os elementos subjetivos, demonstrando, inclusive, se há divergências ou mesmo novas técnicas para identificação do instituto.

2. DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DOS MARCOS EXPRESSIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. CONSIDERAÇÕES ANTERIORES A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A colonização do Brasil pelos portugueses tem como marca a forte influência do cristianismo – sobretudo do catolicismo – que foi instituída como religião oficial do Império pela Primeira Constituição Brasileira, a Constituição Política do Brasil de 1824⁶. A Igreja Católica ainda resiste com o maior número de fiéis no país até os dias de hoje, haja vista que 64,6% dos brasileiros se declaram católicos. (IBGE, CENSO 2010)

Tradições que simbolizam a união de pessoas com o intuito de formação de família como o noivado e a celebração do casamento encontram guarida nos ensinamentos da Igreja Católica que influenciaram não apenas o comportamento da sociedade como os próprios textos normativos. Destaca-se que quando da instituição da República, o casamento foi reconhecido expressamente como a única entidade familiar pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891⁷.

Acerca da proximidade entre a religião e o ordenamento jurídico brasileiro, esclarece Orlando Gomes:

Fontes históricas do Direito de Família brasileira são, principalmente, o direito canônico e o direito português, representado este, sobretudo pelos costumes que os lusitanos trouxeram para o Brasil como seus colonizadores.

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1890, que instituiu o casamento civil. A despeito da rechaçada, continuou a exercer, indiretamente, grande influência. A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesiásticas se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, de regra, nos países católicos. (GOMES, p. 22, 1976)

Os reflexos do cristianismo nos costumes brasileiros são tão expressivos, que mesmo com o advento do Código Civil de 1916, o casamento permaneceu sendo a única entidade familiar reconhecida legalmente, posto que além da referida lei não ter contemplado as uniões extramatrimonializadas em seu texto normativo, as oprimiu

⁶ O art. 5º do referido diploma legal assevera que: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.” (BRASIL, 1924)

⁷ Assim previa o art. 7º da CREUB/1981:

Art. 72º A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes

(...)

§ 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

restringindo as hipóteses de legitimação do filho ilegítimo, ou seja, proibia estritamente o reconhecimento dos filhos advindos de relações incestuosas ou adúlteras, como se verifica do artigo 337 e seguintes da Lei nº 3.071/16⁸.

A tímida tentativa de assegurar direito a essas famílias prosperou com o advento do Decreto-Lei nº 7.036/44, regulamentando como beneficiária em caso de acidente de trabalho a companheira mantida pela vítima, conforme se verifica do art. 21, parágrafo único:

Art. 21. Quando do acidente resultar a morte, a indenização devida aos beneficiários da vítima corresponderá a uma soma calculada entre o máximo de quatro (4) anos e o mínimo de dois (2) anos da diária do acidentado, e será devida aos beneficiários, de acordo com as seguintes bases:

(...)

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carteira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade. (BRASIL, 1944)

Destaca-se que o mencionado dispositivo discrimina expressamente o gênero, posto que condiciona o recebimento do benefício apenas às companheiras desde que estas tenham sido formalmente declaradas como beneficiárias, exigindo, portanto, um ato formal. Isto porque, a época as mulheres tinham certas limitações à prática dos atos da vida civil, cerceando, inclusive, o direito ao trabalho.

Nesse sentido, o Código Civil de 1916 incluía as mulheres casadas no rol das incapacidades relativas⁹, portanto, eram consideradas incapazes para a prática de diversos atos da vida civil como trabalhar, herdar, viajar, exercer o poder familiar em relação aos filhos, dentre tantos outros direitos, que só seriam possíveis com a autorização dos maridos.

Vale dizer que as mulheres solteiras também estavam sujeitas às vontades dos seus respectivos pais. Trata-se, pois, de uma limitação social imposta às mulheres que

⁸ Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa-fé.

⁹ Art. 6 do CC/16: São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

restou legitimada no texto legal. Nesse sentido, para contextualizar a identidade social das mulheres, sobretudo, as mulheres casadas, esclarece Heleieth Saffioti:

A identidade social da mulher, assim como a do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita, com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que pode atuar o homem. A socialização dos filhos, por exemplo, constitui tarefa tradicionalmente atribuída as mulheres. Mesmo quando a mulher desempenha uma função remunerada fora do lar, continua a ser responsabilizada pela tarefa de preparar as gerações mais jovens para a vida adulta. Grifos Nossos (SAFFIOTI, pág. 08, 1987).

De fato, a sociedade machista e patriarcal do início do século XX, em que Clóvis Bevilacqua insculpiu o CC/16, prezava pela manutenção dos papéis sociais, sendo certo que as pessoas que transgrediam o comportamento esperado da época, não contavam com a tutela do estado, no sentido de ter seus direitos protegidos.

No entanto, o parágrafo único do ar. 21 do Decreto-Lei nº 7.036/44 acima citado, muito embora tenha discriminado as mulheres, inovou ao vedar a distinção entre os filhos, trazendo expressamente o fato de que os filhos podem ser advindos de “qualquer condição”, ou seja, contemplava os filhos havidos de relações extramatrimoniais.

A Lei nº 4.121/1962, conhecido como o Estatuto da Mulher Casada (EMC) alterou diversos artigos do Código Civil de 1916, retirando a mulher casada do rol das incapacidades e ampliando a sua autonomia em relação ao exercício de seus direitos civis.

O EMC/62 possibilitou também a contribuição da mulher nas decisões do interesse comum do casal e dos filhos e no próprio exercício do poder familiar, muito embora em caso de divergência deveria prevalecer a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao judiciário para sanar a divergência (BRASIL, 2019).

Dentre outros avanços previstos no EMC/62, restou autorizado que a mulher pudesse exercer a profissão que quisesse e, ainda, que a mãe que contraísse novas núpcias não mais perderia o poder familiar em relação aos filhos(as) da relação anterior, sendo, portanto, uma alteração legislativa de muita expressão no que tange ao direito das mulheres, sobretudo das mães.

Não obstante, se na década de 40 foi autorizada a concessão do benefício por acidente de trabalho para companheira, somente na década de 60, com o advento da Lei nº 4.297/63 é que a pensão previdenciária passou a ser concedida à companheira, na hipótese de falecimento de servidor civil, militar ou autárquico, desde que esta com o segurado tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a cinco anos e até a data de seu óbito.

Art. 3º da Lei nº 4.297/63: Se falecer o ex-combatente segurado de Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria e Pensões, aposentado ou não, será concedida, ao conjunto de seus dependentes, pensão mensal, reversível, de valor total igual a 70% (setenta por cento) do salário integral realmente percebido pelo segurado e na seguinte ordem de preferência:

- a) metade à viúva, e a outra metade, repartidamente, aos filhos de qualquer condição, se varões - enquanto menores não emancipados, interditados ou inválidos - se mulheres, enquanto solteiras, incluindo-se o filho póstumo;
- b) não deixando viúva, terão direito à pensão integral os filhos mencionados na letra a deste artigo;
- c) se não houver filhos caberá, a pensão integral à viúva;
- d) à companheira, desde que com o segurado tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a 5 anos e até a data de seu óbito;
- e) se não deixar viúva companheira, nem filho, caberá a pensão à mãe viúva, solteira ou desquitada, que estivesse sob a dependência econômica do segurado;
- f) se nas condições da letra anterior deixar pai, ou pai e mãe que vivessem às suas expensas estando aquele invalidado ou valetudinário, a pensão lhe será concedida, ou a ambos, repartidamente;
- g) os irmãos, desde que estivessem sob a dependência econômica do contribuinte e, se varões, enquanto menores não emancipados, interditos ou totalmente inválidos e, se mulheres quando solteiras, viúvas ou desquitadas;
- h) em qualquer época as filhas viúvas, casadas ou desquitadas reconhecidamente privadas de recursos para sua manutenção, serão equiparadas aos filhos ou filhas indicados na letra a, deste artigo e com eles concorrentes à pensão;
- i) o desquite somente prejudicará, o direito à pensão quando a sentença fôr condenatória ao cônjuge beneficiário. (BRASIL, 1963)

Tem-se, pois, que o referido dispositivo prestigia na quarta posição da ordem de preferência apenas a companheira que tenha convivido pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos até a data do óbito para que então haja a concessão do benefício previdenciário, certamente visando demonstrar a estabilidade da relação.

Nesse sentido, destaca sucintamente Caio Mário da Silva Pereira (1972), “para efeitos previdenciários, considera-se a família reduzida ao casal, filhas solteiras e filho até os 18 anos. Mas inclui-se a companheira do trabalhador.” Ou seja, a companheira do trabalhador não era vista propriamente como “família”, mas estava incluída no rol de possíveis beneficiários da pensão previdenciária.

Por sua vez, em relação ao acidente de trabalho ou de transporte, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 35¹⁰, aprovada na sessão plenária realizada em 13/12/1963, que reconheceu o direito de indenização à companheira que convivesse no chamado concubinato puro, para o qual era exigido que não houvesse qualquer dos impedimentos ao casamento.

¹⁰ Súmula 35 do STF: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.”

No ano seguinte, o Supremo Tribunal Federal na sessão plenária realizada em 03/04/1964, inovou à época ao afastar a coabitação como requisito indispensável para verificação do concubinato, tendo publicado a Súmula 382¹¹, que persiste até os dias atuais, contudo, conforme se verá no decorrer do presente estudo, sua aplicabilidade é fartamente questionada pelos doutrinadores contemporâneos.

Não obstante o casamento ser a única entidade familiar reconhecida e tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro à época, seu desfazimento era dificultado, tendo em vista que a única forma de dissolução era caso um dos cônjuges viesse a falecer, haja vista que o desquite – litigioso ou amigável – não produzia o rompimento do vínculo matrimonial, contudo determinava:

- a) a separação de corpos dos cônjuges, lhes sendo facultado a reconciliação a qualquer tempo e
- b) a cessação do regime de bens, com sua respectiva partilha.

Sobre o desquite, a por consequência, a dificuldade de rompimento do vínculo conjugal, destaca-se, o entendimento de Clóvis Beviláqua:

A separação cria uma situação legal que, além de impor um injusto constrangimento ao cônjuge inocente, impelirá, muitas vezes, os cônjuges contraírem relações ilícitas e a procurarem filhos extramatrimoniais, o que importa numa perturbação da moralidade e da vida social (BEVILÁQUA, 1976, p. 284)

Ou seja, até o próprio desfazimento do casamento era dificultado, justamente para impossibilitar que os cônjuges refizessem sua vida em meio à uma relação tida como ilícita. Mais uma vez a sociedade da época afasta a relação extramatrimonializada e deixa de tutelar e resguardar o interesse dos filhos.

A implementação do divórcio como forma de dissolução do casamento, por sua vez, foi um importante e aclamado capítulo para a história da união estável, que deu início com a Emenda Constitucional (EC) de nº 9/1977, alterando o texto do art. 167 da Constituição Federal de 1967, que passou a ter a seguinte redação: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos” (CRFB, 1967, s/p).

Além da EC Nº 9/77, o divórcio foi regulamentado por lei própria, a Lei nº 6.515/1977, dispondo acerca do processo de dissolução do casamento e seus efeitos,

¹¹ Súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

abolindo o princípio da indissolubilidade do casamento, possibilitando, assim, a busca da felicidade em um novo casamento, desde que respeitado o lapso temporal de três anos.

Durante o prazo legal para conversão da separação judicial em divórcio, muitas pessoas já haviam constituído família com novos parceiros, convivendo em união estável, até que fosse possível a averbação do divórcio, autorizando a celebração de novas núpcias.

Outro ponto relevante da legislação em análise está disposto no art. 50, que determina diversas alterações ao Código Civil de 1916. Algumas destas tiveram grande repercussão em relação ao direito das mulheres, a exemplo das modificações na redação original dos artigos 240 e 258.

| | |
|---|---|
| Art. 240 do CC/16 | Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324). |
| Art. 240 do CC/16 após alteração do Estatuto da Mulher Casada (Lei n° 4.121/62) | Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. |
| Art. 240 do CC/16 após alteração da Lei do Divórcio (Lei n° 6.515/77). | Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Parágrafo único - A mulher poderá acrescer ao seus os apelidos do marido. |

Tabela 1 – Quadro comparativo do art. 240 do Código Civil de 1916 com o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio.

| | |
|--|---|
| Art. 258 do CC/16 | Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal. |
| Art. 258 do CC/16 após alteração da Lei do Divórcio (Lei n° 6.515/77). | Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. |

Tabela 2 – Quadro comparativo do art. 258 do Código Civil de 1916 com a Lei do Divórcio.

Ou seja, a Lei do Divórcio: a) trouxe a faculdade de adoção do nome do marido pela esposa, quando antes se tratava de uma obrigação em razão do casamento e b) alterou o regime de bens aplicável quando não há convenção para a comunhão parcial, em vez da comunhão de bens.

Registros fotográficos demonstram que famílias brasileiras da década de 70 clamavam por tal mudança social, tanto é que a Lei do Divórcio, de autoria de Nelson Carneiro e Accioly Filho, foi sancionada em 26/12/1977 e dada a proximidade dos festejos natalinos, foi tida como um grande presente de Natal.

Durante a polêmica votação para aprovação da Lei do Divórcio, o senador antidivorcista Ruy Santos, encerrou a leitura dos relatórios citando uma Santo Agostinho: “O demônio é que fez o divórcio.” (BELTRÃO, 2017).

Figura 1 Em 1977, Nelson Carneiro recebe apoio ao projeto de divórcio



Fonte: Agência Senado (BELTRÃO, 2017)

Figura 2 Senadores e deputados apoiadores do divórcio festejam no Plenário os votos favoráveis à proposta de Carneiro e Accioly



Fonte: Agência Senado (BELTRÃO, 2017)

Assim, o Brasil passou a seguir o mesmo entendimento de outros países da América do Sul, que já haviam acolhido o divórcio como forma de dissolução do matrimônio, a exemplo do Uruguai em 1907, da Venezuela em 1942, Equador em 1948.

Nesse sentido, vale citar o caso da primeira mulher a se divorciar no Brasil, Arethusa de Aguiar, juíza de paz no Rio de Janeiro, que estava desquitada há cinco anos e já viva um novo relacionamento conjugal, ou seja, vivia no que poderíamos chamar nos dias atuais de união estável. Ela deu entrada no pedido de divórcio aos 38 anos, três dias após a sanção da lei e adverte:

Onde não existe amor, continuar dentro do casamento é um engodo e eu sabia das inúmeras represálias das pessoas que se encontravam em outra união, com filhos desta união fora do casamento formal que sofriam nas escolas que frequentavam, na sociedade como um todo, precisavam de uma proteção do Estado laico." (MIGALHAS, 2018)

Vale destacar que a partir de 1984 o IBGE passou a incluir nas estatísticas do registro civil informações sobre separações judiciais e divórcios, tendo sido registrado no referido ano (IBGE, 1984 p.120):

- a) 63.689 separações judicial encerradas em 1ª instância, dentre ações consensuais e litigiosas;
- b) 31.685 divórcios encerrados em 1ª instância, entre ações consensuais e litigiosas. Vale destacar que em relação às ações litigiosas, tem-se que 6.244 foram requeridas pelo marido e 6.060 pela esposa, sendo que 123 não constavam declaração.

Após o advento do divórcio em 1977 e a consequente vigência da Constituição Federal de 1988, que não apenas confirma a dissolução do casamento pelo divórcio, como passa a reconhecer a união estável enquanto entidade familiar, é que as famílias compostas pela situação fática que é a união estável, passaram a ganhar contornos no ordenamento jurídico, vindo a ser regulamentada pela legislação infraconstitucional.

2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ESTÁVEIS COMO ENTIDADE FAMILIAR E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

De fato, a Constituição Federal de 1988 além de ser o marco normativo do reconhecimento das uniões estáveis, se apresentou como um potente instrumento para instituição de diversos direitos e garantias fundamentais. Por esse motivo, ela é

popularmente conhecida como Constituição Cidadã, fruto do período pós ditadura, elaborada por uma Assembleia Constituinte composta por 487 deputados e 72 senadores, tendo contado com a participação do povo brasileiro direta e indiretamente (LOURENÇO, RICHARD, 2013).

Atendendo ao clamor do povo, a Constituição Federal de 1988 ampliou os conceitos de família da época, ratificando a dissolução do casamento pelo divórcio, reconhecendo as uniões estáveis e, ainda, a família monoparental – aquela formada por um dos genitores e seus descendentes.

Contudo a Constituição Cidadã apenas reconheceu a união estável enquanto entidade familiar, tendo sido necessária a edição de lei específica para regulamentá-la. Com esse objetivo surgiu a Lei. 8.971/94 que disciplinou a complexidade dessa família em três dos seus cinco artigos:

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

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

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário. (BRASIL, 1994)

O diploma em análise faz expressa menção aos benefícios de uma legislação anterior, a Lei nº 5.478/68, que dispõe sobre a ação de alimentos e seu rito especial. Ou seja, o reconhecimento da união estável enquanto entidade familiar gera efeitos no âmbito dos direitos das famílias, notadamente no que diz respeito aos alimentos, e das sucessões como previsto nos artigos 2º e 3º. A igualdade entre homens e mulheres para pleitear tal benefício é ressaltada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei. 8.971/94.

Para reconhecimento e caracterização da união estável, o mencionado dispositivo legal traz algumas exigências, são elas:

- a) que a relação se estabeleça entre solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, excluindo, portanto, os que vivem em separação de fato;
- b) a convivência mínima de cinco anos ou a existência de prole em comum.

Dois anos após a vigência da referida lei, as exigências de lapso temporal e do filho em comum foram afastadas com o advento da Lei nº 9.278/96, que estabeleceu novos parâmetros para reconhecimento da união estável, quais sejam: a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família¹².

Questões como a igualdade no exercício da guarda e o sustento dos filhos¹³, o direito real de habitação¹⁴, a partilha de bens que tenham sido adquiridos em comum esforço¹⁵ e possibilidade de conversão da união estável em casamento¹⁶ também foram tratadas no referido diploma legal.

A competência do juízo da vara de família para dirimir questões que versem sobre a união estável foi fixada pelo art. 9º Lei nº 9.278/96¹⁷. A partir de então, o juízo

¹² Previsão do Art. 1º da Lei nº 9.278/96 É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

¹³ Previsão do Art. 2º da Lei nº 9.278/96 São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

¹⁴ Previsão do Art. 7º da Lei nº 9.278/96 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.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

¹⁵ Previsão do Art. 5º da Lei nº 9.278/96 Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

¹⁶ Art. 8 da Lei nº 9.278/96 Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

¹⁷ Art. 9º da Lei nº 9.278/96 Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

cível deixou de ser competente para resolver as questões judiciais, não deixando dúvidas de que a união estável, de fato, é uma entidade familiar.

Posteriormente o Código Civil de 2002 – cujo anteprojeto foi elaborado por Miguel Reale em 1969, tendo tramitado no Congresso Nacional a partir de 1975, sofrendo expressivas alterações até ser publicado em 11/01/2002, entrando em vigor em 10/01/2003 (CONJUR, 2002) – trouxe novas disposições sobre a união estável que persistem até os dias atuais, ratificando os elementos caracterizadores elencados na Lei nº 9.278/96, quais sejam:

- a) relação entre pessoas de sexo oposto;
- b) convivência pública, contínua e duradoura e
- c) estabelecida com o objetivo de constituição de família

O reconhecimento da união estável enquanto entidade familiar pelo ordenamento jurídico passou a contemplar as pessoas ainda legalmente casadas, mas separadas de fato, bem como os casos em que estejam presentes as causas suspensivas¹⁸ de celebração do casamento, nos termos do art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Art. 1.723. 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (BRASIL, 2002)

Por sua vez, foi afastada a incidência da união estável, tendo sido enquadrado como concubinato os casos das pessoas que estejam impedidas de casar¹⁹, não gerando o

¹⁸ Art. 1.523 do CC/02: Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

¹⁹ Previsão do art. 1.521 do CC/02: Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

reconhecimento da relação como entidade família, afastando, assim, seus efeitos pessoais e patrimoniais – com exceção das pessoas casadas que encontram-se separadas de fato, como já mencionado. É o que se vê do art. 1.727²⁰ do mesmo diploma legal.

Tem-se, ainda, que o regime da comunhão parcial de bens foi adotado como regra geral, sendo facultada a escolha de regime diverso por meio do contrato de convivência²¹.

Nesse ponto, a união estável se assemelha ao casamento, uma vez que os nubentes podem optar por regime de bens diverso por meio da celebração do pacto antenupcial. Ocorre que, a lei não exige para o contrato de convivência da união estável as mesmas formalidades exigidas para celebração do pacto antenupcial²².

No aspecto sucessório, o Código Civil de 2002 estabeleceu uma diferença significativa entre cônjuge e companheiro(a) em relação à herança. Conforme se vê dos artigos 1.829 e 1.790, o(a) cônjuge goza de uma posição privilegiada concorrendo com os descendentes na ordem de vocação hereditária e, por sua vez, o(a) companheiro(a) participa apenas no que tange aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, concorrendo em desprestígio com os descendentes.

| | |
|-------------------------------|---|
| Sucessão do(a) cônjuge | Art. 1.829 do CC/2002 A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; (...) |
| Sucessão do(a) companheiro(a) | Art. 1.790 do CC/2002 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. |

Tabela 3 – Quadro comparativo entre a sucessão do cônjuge e do companheiro – artigos 1.829 e 1.790 do Código Civil de 2002.

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

²⁰ Art. 1.727 do CC/02: As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

²¹ Previsão do art. 1.725 do CC/02: Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

²² Previsão do art. 1.653 do CC/02: É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Essa diferenciação não foi afastada por alteração legislativa, mas por decisão judicial, quando em maio de 2017 o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694 (STF, 2017) reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, equiparando a sucessão do companheiro ao quanto disposto no 1.829 do CC/2002.

Ainda em relação as alterações legislativas que repercutiram nas uniões estáveis, o processo do divórcio foi facilitado com o advento da Lei nº 11.441/2007, que estabelece a possibilidade de realizá-lo extrajudicialmente, desde que preenchido os requisitos legais²³, proporcionando um aumento significativo no número de divórcios.

Em 2010 a Emenda à Constituição de nº 66 entrou em vigor, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 01(um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos, tendo registrado o maior número de divórcios desde 1984 – data em que foram incluídos a separação judicial e o divórcio entre os parâmetros das estatísticas do registro civil do IBGE. (IBGE, CENSO 2010). Ainda segundo o IBGE, entre 2004 e 2014 houve um aumento de 161% dos números do divórcio (IBGE, 2014)

Verifica-se, pois, que além da gradual facilitação do processo de separação judicial e de divórcio, o reconhecimento da união estável também passou por transformações, sendo que as exigências de coabitação, prazo mínimo ou filho em comum para sua caracterização foram aparentemente superadas.

Portanto, para o reconhecimento jurídico da união estável, atualmente é necessário presentes os seus elementos:

- a) ânimo de constituir família;
- b) durabilidade;
- c) publicidade;
- d) continuidade.

Tem-se, ainda, que além das alterações legislativas, a união estável também vem sendo balizada pelas cortes superiores, ganhando novos contornos, sobretudo se analisada à luz do princípio da afetividade, consagrado pela doutrina contemporânea.

²³ Inicialmente, caso não haja filhos menores ou incapazes do casal, segundo o art. 3º da referida lei que altera do Código de Processo Civil de 1973. Posteriormente o Código de Processo Civil de 2015 confirmou o dispositivo, tendo estabelecido, ainda, a impossibilidade de realização do divórcio ou separação pela via extrajudicial caso haja nascituro, ou seja, em caso de gravidez.

2.3. FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE: O VALOR JURÍDICO DO AFETO E OS PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES

Como visto anteriormente, a legislação brasileira de fato evoluiu, mas à primeira vista não foi o suficiente para atender às demandas da sociedade contemporânea, notadamente no que tange a conceituação das entidades familiares e a constante busca pela felicidade nas relações afetivas.

Diferentemente da família patriarcal e matrimonializada, anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, a família contemporânea tem como objetivo principal a busca pela satisfação pessoal, pela felicidade, pautada cada vez mais no afeto, no pertencimento e nas questões sentimentais do que na garantia de subsistência, de multiplicação de patrimônio com a celebração de um casamento para este fim.

Acerca da busca incessante pela felicidade nas relações, Maria Berenice Dias explica:

A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensinam o reconhecimento do afeto como o único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. São as relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em serem socialmente úteis. (DIAS, 2016, p. 222)

Da mesma forma, ilustram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. Seu balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma cédula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para desenvolvimento da personalidade humana. (DE FARIAS, ROSELVALD, 2016, p. 36):

A mudança comportamental da sociedade nas últimas décadas, fez com que o afeto passasse de um simples elemento de cunho psicológico ou mesmo social presente nas relações familiares para um dos princípios norteadores do direito das famílias.

Muito embora não tenha sido expressamente mencionado na Constituição Federal de 1988, ou qualquer legislação infraconstitucional, o princípio da afetividade vem sendo consagrado pela doutrina contemporânea, que defende que a afeto pode ser claramente verificado em diversos dispositivos do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Paulo Lôbo²⁴ defende que com o advento da Carta Magna, ocorreram quatro mudanças significativas – concentradas nos artigos 226 e 227 – que, segundo o autor, tiveram como marco fundador o princípio da afetividade, são elas:

- a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem – art. 227, §6º da CF/88;
- b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos – art. 227, §§ 5º e 6º da CF/88;
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos com a mesma dignidade de família, ou seja, a família monoparental – art. 226, § 4º da CF/88;
- d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça - art. 226, §§ 3º e 6º

O valor jurídico do afeto vem esbarrando também nos tribunais superiores nos julgamentos em matéria de família e sucessões. Em 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante se verifica do julgamento da ADI nº4277/DF e ADPF nº132/RJ.

O trecho do voto proferido pelo Ministro Relator, Dr. Carlos Ayres Brito, descreve a complexidade das relações com amparo na afetividade, invocando Platão e Max Scheler ao tratar sobre amor e filosofia.

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz -, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante (STJ, 2011)

A mencionada decisão é dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, portanto, promoveu uma expressiva alteração no conceito de união estável ao estabelecer uma interpretação constitucional ao art. 1.723 do Código Civil no sentido de excluir do referido dispositivo legal qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

²⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. ENTIDADES FAMILIARES CONSTITUCIONALIZADAS: PARA ALÉM DO NUMERUS CLAUSUS. Disponível em: < [http://www.ibdfam.org.br/ img/congressos/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/193.pdf) > Acesso em 01/12/2019

Essa decisão inédita, cuja ementa do julgamento é anexada ao presente estudo, foi certificada pela UNESCO em 2018 como patrimônio documental da humanidade (POMPEU, 2018).

Após o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução de nº175/2013, uniformizando em apenas três artigos o atendimento cartorial em todos os territórios do país, autorizando o casamento civil e o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e, por fim, apontando a sanção de imediata comunicação ao juiz corregedor sobre o ato do servidor que implique na recusa.

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (CNJ, 2013)

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal que versou sobre família e apontou para o valor jurídico do afeto ocorreu em 2016 com o julgamento do RE nº 898060, tratando sobre a socioafetividade ao reconhecer possibilidade de existência de duplo registro paterno, a dupla paternidade. No item 12 da ementa de julgamento, que é anexada ao presente estudo, o julgado aponta para a existência de valor jurídico da afetividade desde o Código de 1916:

A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). (STF, 2016)

Da análise do voto do Ministro Relator, Luiz Fux, verifica-se expressa menção da afetividade como forma de parentesco. Vejamos:

Mais que reproduzir a norma do art. 349, II, do diploma anterior em seu art. 1.605, o Código Civil de 2002 passou a preceituar, em seu art. 1.593, que o “parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Desse modo, a própria lei passa a reconhecer que a consanguinidade concorre com outras formas de parentesco, dentre as quais certamente se inclui a afetividade. (STF, 2016)

Mais um julgado do Supremo Tribunal Federal que tomou o afeto como valor jurídico para decisão da demanda ocorreu em maio de 2017, com o julgamento dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694, cuja fundamentação foi lastreada no princípio da igualdade e da afetividade.

A decisão dotada de repercussão geral, pôs fim a uma das diferenças mais expressivas entre cônjuge e companheiro: a questão sucessória, equiparando a sucessão do cônjuge e do companheiro. Nesse sentido, consagra-se o valor jurídico atribuído à afetividade, como faz prova do voto proferido pelo Ministro Relator, Luís Roberto Barroso:

Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional. (STJ, 2016)

Desta forma, resta claro que o afeto passou a ter valor jurídico, tendo sido consagrado tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, como elemento presente na família contemporânea.

Contudo, o julgamento do RE 878.694 pelo STF que, como visto, equipara o companheiro ao cônjuge nos aspectos sucessórios proporcionou diversos questionamentos acerca das diferenças entre os efeitos da união estável e do casamento.

Isto porque, com a evolução doutrinária e jurisprudencial, aqueles que optam pela união estável podem escolher o regime de bens, adotar o sobrenome do(a) companheiro(a), reclamar alimentos e, a partir de então, gozam do mesmo benefício do cônjuge na ordem de vocação hereditária.

De fato, não há estado civil próprio para quem convive em união estável, portanto, ainda não é possível alterar o registro civil nesse sentido. Além disso, não há texto legal que determine a exigência da outorga conjugal, como nas hipóteses previstas no art. 1.647 no Código Civil²⁵ impostas aos cônjuges no que se refere à disponibilidade do patrimônio do casal.

²⁵ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

2.4. CONSIDERAÇÕES SOBRE NAMORO, UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO FRENTE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Considerando as alterações legislativas e jurisprudenciais que trouxeram novos contornos à união estável, restou claro que essa entidade familiar não é dotada de um marco inicial solene como o casamento, aparentemente não exige coabitação, não impõe prazo mínimo de convivência e pode ser identificada a qualquer tempo – desde que verificada a presença dos seus requisitos, quais sejam: convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Portanto, é possível afirmar que eventualmente o namoro pode ser confundido com a união estável, sobretudo pelo fato de os elementos caracterizadores da união estável serem quase que em sua totalidade, semelhantes a realidade fática do namoro.

Necessário registrar que o objetivo de constituição de família é um elemento bastante subjetivo, sobretudo porque perpassa por perspectivas bastante individuais, além do próprio conceito de família, que vem se alargando com o passar dos anos.

Desta forma, diante de conceitos subjetivos, os tribunais brasileiros têm buscado como forma de identificação da união estável, a análise de caso concreto, verificando, por vezes, a intenção dos conviventes por meio de provas.

Nesse sentido, as provas podem ser das mais diversas, desde comprovar ter filhos em comum, a morar junto, dividir despesas, manter o pacto de fidelidade e assistência, participar de festas de família, utilizar rede social conjunta ou alterar seu status no perfil, ou seja, tudo pode aparentemente contribuir para o reconhecimento da união estável.

Por essa razão, é verificada a necessidade de se determinar quando termina o namoro e se inicia propriamente a união estável, surtindo os efeitos pessoais e patrimoniais do reconhecimento da entidade familiar, fato que tem levado muitos casais a buscarem alternativas de formalizar a intenção de não se casar ou mesmo de não constituir família.

Dentre as mencionadas alternativas a figura do contrato de namoro, que visa assegurar que a relação vivida não constitui uma união estável, incluindo a cláusula de desinteresse na constituição de família, para que esse instrumento impeça os efeitos pessoais patrimoniais inerentes ao reconhecimento da união estável.

Frisa-se que a doutrina majoritária entende que o mencionado contrato é mais um meio de prova e não deve prevalecer sobre os fatos. É o que opina Rolf Madaleno:

“Com efeito, a união estável exige pressupostos mais sólidos de configuração, não bastando o mero namoro, por mais firme ou qualificado que se apresente, porquanto apenas a convivência como casal estável, de comunhão plena e vontade de constituir família concretiza a relação durável, da qual o namoro é apenas um projeto que ainda não desenvolveu e talvez sequer evolua como entidade familiar.

Portanto, nenhuma validade terá um precedente contrato de namoro firmado entre um par afetivo que tencione evitar efeitos jurídicos de sua relação de amor, porque seus efeitos não decorrem do contrato e sim do comportamento socioafetivo que o casal desenvolver, pois, se com o tempo eles alcançaram no cotidiano a sua mútua satisfação, como se fossem marido e mulher e não mais apenas namorados, expondo sua relação com as características do artigo 1.723 do Código Civil, então de nada serviu o contrato preventivo de namoro e que nada blindava a relação se transmutou em uma inevitável união estável, pois diante destas evidências melhor teria sido que tivessem firmado logo um contrato de convivência modelado no regime da completa separação de bens.” Grifos Nossos (MADALENO, p. 472, 2019)

Sabe-se, ainda, que é possível dispor do regime de bens na união estável por meio de contrato de convivência, mas é possível dizer que a sociedade brasileira não possui o hábito de dispor sobre regime de bens em suas relações.

Prova disso se extrai dos dados compartilhados pelo Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC), que reuniu os atos lavrados nos cartórios brasileiros, apontando para os números de pactos antenupciais registrados antes da realização de casamentos. Os números revelam o aumento de 110% do registro de pactos antenupciais entre 2006 e 2016 (TERRA, 2017).

Contudo, ao longo desses 10 (dez) anos foram identificados apenas 4.986 pactos, número bastante tímido ao considerar que apenas em 2016 foram realizados 1.098.535 casamentos civis no Brasil, sendo 5.354 entre pessoas do mesmo sexo (IBGE, 2016).

Por sua vez, há casos em que as uniões estáveis só são reconhecidas quando de sua dissolução e, na omissão, é aplicado o regime da comunhão parcial de bens. Em outras palavras, parte da população só toma conhecimento de que convive em regime de união estável com a respectiva ação de reconhecimento e dissolução, que por vezes também envolve a partilha dos bens amealhados na constância da relação.

É certo que o reconhecimento da união estável pelo ordenamento jurídico poderia proporcionar à sociedade maior segurança jurídica, quando, a bem da verdade, vem causando insegurança e temor, fazendo com que muitos optem por evitar o comprometimento afetivo para resguardar o patrimônio.

Muito embora não haja ânimo de constituir família na relação de namoro, em muitos casos é possível identificar a existência de uma rotina compartilhada, seja a partir da convivência mútua com certa frequência nas respectivas residências – às vezes até

passando mais tempo na casa do outro do que na sua própria, partilhando objetos e até animais de estimação.

Por outro lado, há quem namore por anos e mantenha a intenção de quando do início da relação, buscando viver os bons momentos e os desafios daquela relação, sem necessariamente, ter a intenção de constituir família.

Nesse sentido, enfatiza Zeno Veloso:

"Nem sempre é fácil distinguir essa situação – a união estável – de outra, o namoro, que também se apresenta informalmente no meio social. Numa feição moderna, aberta, liberal, especialmente se entre pessoas adultas, maduras, que já vêm de relacionamentos anteriores (alguns bem-sucedidos, outros nem tanto), eventualmente com filhos dessas uniões pretéritas, o namoro implica, igualmente, convivência íntima – inclusive, sexual –, os namorados coabitam, frequentam as respectivas casas, comparecem a eventos sociais, viajam juntos, demonstram para os de seu meio social ou profissional que entre os dois há uma afetividade, um relacionamento amoroso.

E quanto a esses aspectos, ou elementos externos, objetivos, a situação pode se assemelhar – e muito – a uma união estável. Parece, mas não é!

Pois falta um elemento imprescindível da entidade familiar, o elemento interior, anímico, subjetivo: ainda que o relacionamento seja prolongado, consolidado, e por isso tem sido chamado de 'namoro qualificado', os namorados, por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem – ou ainda não querem – constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível do que os antigos chamavam de *affectio maritalis*.

Ao contrário da união estável, tratando-se de namoro – mesmo do tal namoro qualificado –, não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem patrimonial entre os namorados. Não há, então, que falar-se de regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo" (VELOSO, 2018.).

A diferenciação entre namoro e união estável, bem como a subjetividade do objetivo de constituição de família vem repercutindo nos tribunais superiores, tendo o Superior Tribunal de Justiça inovado ao apresentar a figura do namoro qualificado, onde aparentemente há expressivos elementos da união estável, contudo o intuito de constituir família é projetado para um futuro, ainda que próximo.

Vejamos, pois, o entendimento os julgados deste tribunal acerca da matéria:

Na relação de namoro qualificado os namorados não assumem a condição de conviventes porque assim não desejam, são livres e desimpedidos, mas não tencionam naquele momento ou com aquela pessoa formar uma entidade familiar. Nem por isso vão querer se manter refugiados, já que buscam um no outro a companhia alheia para festas e viagens, acabam até conhecendo um a família do outro, posando para fotografias em festas, pernoitando um na casa do outro com frequência, ou seja, mantêm verdadeira convivência amorosa, porém, sem objetivo de constituir família"

(STJ, REsp 1.263.015/RN, 3ª Turma, Rel. Min Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012, DJe 26/6/2012).

"(...) o propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado 'namoro qualificado' – não consubstancia

mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros"

(STJ, REsp 1.454.643/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015).

Sobre o namoro qualificado, pertinente demonstrar a explicação de Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Dabus Maluf:

No namoro qualificado, por outro lado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente, e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita". (MALUF, p. 371, 2013):

Como visto no tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir a decisão no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, lastreado no princípio da igualdade e da afetividade, entendeu por afastar, com repercussão geral, uma das diferenças mais expressivas entre cônjuge e companheiro: o aspecto sucessório.

A partir de então, dada subjetividade aqui demonstrada, um namoro pode ser interpretado pelo poder judiciário como união estável – cujos efeitos são muito similares ao casamento – ou seja, o casal pode evoluir do namoro à união estável ou casamento, dada a similitude dos institutos, mesmo sem ter o casal passado pelo processo de habilitação e toda solenidade que o ato exige.

Cabe, pois, invocar o art. 5º, II da Constituição Federal de 1988 que fornece a garantia fundamental de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). No caso em estudo, a progressiva equiparação da união estável ao casamento pode vir a atribuir o status de casado a quem não se habilitou ao processo de casamento ou realizou o ato solene que a situação exige.

3. A DOUTRINA CONTEMPORÂNEA E OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL

Como forma de analisar como a união estável e por consequência, os seus elementos caracterizadores vem sendo conceituados pelos doutrinadores do direito civil contemporâneo foram analisadas as obras de Anderson Schreiber, Arnaldo Rizzardo, Carlos Roberto Gonçalves, Conrado Paulino da Rosa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, Rolf Madaleno, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares.

Para melhor explicar a divergência doutrinária, optou-se pela divisão dos dados obtidos por assunto, demonstrando o entendimento dos autores estudados.

3.1. DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES NÃO PREVISTOS NO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como já explicado ao longo do presente estudo, a união estável é atualmente reconhecida e conceituada pelo art. 1.723 do Código Civil, a saber:

Art. 1.723. 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (BRASIL, 2002)

Tem-se, pois, que o supramencionado artigo aponta como elementos caracterizadores da união estável a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, suscitando, ainda, a dúvida acerca da diversidade de sexo, tendo em vista mencionar expressamente “união estável entre homem e mulher” no *caput*.

No parágrafo primeiro, o legislador registra que a união de fato não poderá ser verificada nas hipóteses de impedimento para o casamento elencadas no art. 1.521²⁶ do

²⁶ Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

mesmo diploma legal, exceto as pessoas casadas, caso estejam separadas de fato ou judicialmente. E, por sua vez, no parágrafo segundo o legislador autoriza o reconhecimento da a união estável caso verificada as causas suspensivas para o casamento, elencadas no art. 1.523²⁷ do CC/02.

Contudo, alguns autores das obras estudadas apontam para a existência de outros elementos caracterizadores da união estável – além destes estabelecidos em lei, sendo necessária a análise de cada um, conforme restará demonstrado a seguir.

3.1.1. MONOGAMIA E IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Sem dúvidas a monogamia – que vem sendo interpretada como um dos princípios basilares do direito das famílias, inclusive pelos tribunais brasileiros ao decidir questões que versem sobre famílias paralelas²⁸ – é um assunto que tem provocado muitos

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

²⁷ Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

²⁸ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. EQUIPARAÇÃO A CASAMENTO. PRIMAZIA DA MONOGAMIA. RELAÇÕES AFETIVAS DIVERSAS. QUALIFICAÇÃO MÁXIMA DE CONCUBINATO. RECURSO DESPROVIDO. (...)

4. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1130816/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 27/08/2010)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96.

debates, sobretudo depois que cartórios de registro civil– como o de Tupã/SP em 2012 (CONJUR, 2012) e o da cidade de Barra/RJ em 2016 (MENDONÇA, 2016) – registraram por meio de escritura pública o que é chamada de união poliafetiva, ou seja, a união estável formada por mais de duas pessoas.

A discussão sobre o poliamorismo ganhou mais popularidade após o falecimento do funkeiro Mr. Catra que mantinha simultaneamente, com a anuência de todas, um relacionamento com três mulheres. O cantor faleceu em setembro de 2018 aos 49 anos, deixando 32 filhos e sua morte suscitou dúvidas sobre a tutela de questões pessoais e patrimoniais das uniões poliafetivas que – muito embora sejam rejeitadas pelo ordenamento jurídico – já existem no plano fático (MENON, 208).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi acionado pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), presidida por Regina Beatriz Tavares da Silva – revisora da obra de Washington de Barros Monteiro incluída nessa pesquisa – para se manifestar acerca dos registros cartoriais das uniões poliafetivas, tendo decidido em 26/06/2018, ao julgar o Pedido de Providências (PP 0001459-08.2016.2.00.0000), que os cartórios brasileiros não mais poderiam registrar uniões poliafetivas (CNJ, 2018).

Dentre os autores analisados no presente estudo, verificou-se que na obra de Washington de Barros Monteiro, atualizada por Regina Beatriz Tavares ao elencar as

-
1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.
 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira.
 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.
 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.
 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.
 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.
 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles.
 8. Recurso especial desprovido.
(REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014)

características da união estável, inclui a monogamia como um elemento caracterizador da união estável, justificando sua inserção nesse rol com a necessidade de afastamento da adoção da poliafetividade pelo ordenamento jurídico:

“As expressões poliafeto ou poliamor são sedutoras e procuram validar relacionamentos com formação poligâmica. No entanto, todas as tentativas de ampliação das entidades familiares para acolhimento da poligamia são realizadas ao arpejo da Lei Maior, cujo art. 226, § 3º, prevê expressamente que a união estável é monogâmica.

A dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1º, III) não é um conceito meramente individual, que cada um forja ao seu próprio talento, e sua utilização indevida não dá apoio às tais escrituras de uniões poliafetivas.

O direito à liberdade tem limitações inerentes aos princípios e às normas cristalizadas na sociedade se alguém quer viver uma união poligâmica, nada o impedirá, mas não serão atribuídos efeitos de direito de família ou de direito sucessório.

Portanto, escritura de relacionamento poligâmico não tem eficácia jurídica, viola os mais básicos princípios familiares, as regras constitucionais e legais sobre a família, a dignidade da pessoa humana e as leis civis, assim como contraria a moral e os costumes da nação brasileira.” (MONTEIRO, 2016, p. 70)

A monogamia também foi elencada como elemento objetivo da união estável por Carlos Roberto Gonçalves, ao que adverte:

Como também ocorre nas uniões conjugais, o vínculo entre os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação. Não se admite que pessoa casada, não separada de fato, venha a constituir união estável, nem que aquela que convive com um companheiro venha a constituir outra união estável. A referência aos integrantes da união estável, tanto na Constituição Federal como no novo Código Civil, é feita sempre no singular. (GONÇALVES, 2017, p. 812)

Ao tratar do elemento caracterizador que Marina Helena Diniz chama de fidelidade ou lealdade entre os companheiros, a autora dá a entender que a monogamia seria um dever atrelado à fidelidade ou lealdade, ao que exemplifica:

Além disso o fato de a mulher receber outro homem ou outros homens, ou vice-versa, indica que entre os amantes não há união vinculatória nem, portanto, companheirismo, que pressupõe ligação estável e honesta. Impossível será a existência de duas sociedades de fato simultâneas (RT, 585:166; Bol. AASP, 2.715:1952-10). Não havendo fidelidade, nem relação monogâmica, o relacionamento passará à condição de “amizade colorida”, sem o status da união estável. (DINIZ, 2019, p. 438/439)

A discussão acerca da monogamia traz a baila a questão do reconhecimento da união estável para pessoas casadas que não estejam separadas de fato ou judicialmente, possibilitando eventualmente o reconhecimento das famílias poliamoristas ou paralelas para pessoas que sejam casadas civilmente.

O poliamorismo se difere das famílias paralelas, sobretudo, em relação a anuência de todos os integrantes da família. Pode-se extrair do ensinamento desses

autores que, mesmo em pleno exercício da autonomia da vontade dos envolvidos, a monogamia deve prevalecer, independentemente da existência do casamento civil, fazendo com que as relações paralelas ou mesmo as poliamoristas não sejam reconhecidas como entidade familiar, mas sim como sociedade de fato.

A inexistência de impedimentos matrimoniais²⁹, dentre eles o impedimento das pessoas casadas, bem como os elementos suspensivos estão previstos no art. 1.723, §1º e 2º do Código Civil de 2002³⁰, tendo sido incluído expressamente como elemento caracterizador por Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves.

Em contraponto, Maria Berenice Dias foi a única autora a demonstrar entendimento diverso, no sentido de que as uniões estáveis devem ser reconhecidas mesmo com a existência do impedimento matrimonial.

Com referência à união estável, contudo, não há como fazê-la sumir. Dispõe a lei (CC 1.723 § 1.º): a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521. Ou seja, nas mesmas hipóteses em que é vedado o casamento, é proibida a união estável. No entanto, em que pese a proibição legal, se ainda assim a relação se constitui, não é possível dizer que ela não existe. O Estado não tem meios, por exemplo, de vetar o estabelecimento de uniões incestuosas entre pai e filha ou entre dois irmãos, por mais repulsivas que sejam essas hipóteses.

Da mesma maneira, apesar das proibições legais, não há como impedir a união estável entre sogro e nora; entre o companheiro e a filha da ex-companheira; entre o adotante e o cônjuge do adotado; ou, ainda, entre a viúva e o assassino de seu cônjuge. Tais relações estão sujeitas à reprovação social e legal, mas nem por isso há algum meio capaz de coibir sua formação. Como existem, não há como simplesmente ignorá-las.

Cabe questionar o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua, duradoura e, muitas vezes, com filhos. Negar-lhe a existência em face do impedimento, é atitude meramente punitiva.

Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso: nega divisão do patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direito sucessório. Esta postura pode

²⁹ Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

³⁰ Art. 1.723 do CC/02. 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 ; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

acabar incentivando o surgimento desse tipo de união. Estar à margem do direito não deve gerar benefícios. Quem vive com alguém por muitos anos, necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive do modo que a lei desaprova, não é possível, simplesmente, eximi-lo de qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, sai privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba sendo premiado. (DIAS, 2016, p. 394/395)

Para a autora, todas as famílias merecem proteção do Estado, mesmo aquelas que transgrediram as regras impostas.

Com ou sem impedimentos à sua constituição, entidades familiares que se constituem desfocadas do modelo oficial merecem proteção como núcleo integrante da sociedade. Formou-se uma união estável, ainda que seus membros tenham desobedecido as restrições legais. Não podem ser ignorados os efeitos dessa convivência no âmbito interno do grupo e também no plano externo, por seu indisfarçável reflexo social. (DIAS, 2016, p. 395)

Por fim, tem-se que os autores que não incluíram a ausência de impedimentos como elemento caracterizador específico, trataram sobre os impedimentos e as suspensões do casamento em tópico apartado.

3.1.2. CAPACIDADE CIVIL DOS CONVIVENTES

A matéria acerca da capacidade – absoluta e relativa – para prática dos atos da vida civil, bem como as hipóteses de emancipação dos menores está listada nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002.

Segundo o dispositivo legal, atualizado pelo advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 2015), os absolutamente incapazes para o exercício da vida civil se resumem apenas

- a) as pessoas menores de 16 anos e os relativamente incapazes
- b) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos,
- c) os ébrios habituais e os viciados em tóxico,
- d) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- e) os pródigos, sendo certo que a eventual interdição desse último diz respeito apenas a prática dos atos inerentes a administração de seu patrimônio³¹.

³¹ Previsão do art. 1.782 do CC/02: A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

Vale dizer que o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 2015)³² ressaltou que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, sobretudo no tocante a questões que refletem no direito das famílias como a autonomia da vontade para casar-se, constituir união estável e o exercer os direitos sexuais e reprodutivos.

O referido dispositivo legal também inovou no que tange a curatela e o processo de interdição ao instituir a figura da tomada de decisão apoiada³³, em que a própria pessoa com deficiência pode eleger duas ou mais pessoas de sua confiança para lhe assistir na tomada de decisões sobre os atos da vida civil, sendo um importante passo para humanização da interdição, possibilitando maior autonomia às pessoas com deficiências.

Se faz necessário esclarecer que a capacidade é dos elementos de validade do negócio jurídico, sendo, portanto, passível de nulidade ou anulabilidade o ato praticado por pessoa absolutamente ou relativamente incapaz, conforme se verifica dos art. 166³⁴ e 171³⁵ do CC/02.

³² Previsão do art. 6º da Lei nº 13.146, de 2015 A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

³³ Art. 1.783-A do Código Civil A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

(...)

³⁴ Art. 166 do CC/02. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

(...)

³⁵ Art. 171 do CC/02. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

- I - por incapacidade relativa do agente;

(...)

No que tange a incapacidade – absoluta ou relativa – no que tange ao critério etário, para incorre em invalidade do ato praticado, se faz necessária a representação ou assistência dos pais ou tutores, como insculpido nos artigos 1.634³⁶ e 1.747³⁷ do CC/02.

Somente aos 18 anos é que cessa a incapacidade, ficando a pessoa habilitada para a prática de todos os atos da vida civil. Alcançada a maioridade também é extinto o poder familiar, conforme art. 1.635, III do Código Civil³⁸.

O mesmo diploma legal traz a possibilidade de cessar a incapacidade pelo advento da emancipação, seja ela voluntária, legal ou judicial. É o que está previsto no art. 5º do CC/02³⁹, sendo certo que o casamento é uma das hipóteses de emancipação legal, haja vista que, uma vez ocorrido produz efeitos automaticamente.

A capacidade para o casamento possui capítulo específico previsto entre os artigos 1.517 a 1.520 do CC/02⁴⁰, tendo sido estabelecida a idade núbil, posto que

³⁶ Art. 1.634 do CC/02. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

(...)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

(...)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

(...)

³⁷ Art. 1.747. Compete mais ao tutor:

I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;

(...)

³⁸ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

³⁹ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

⁴⁰ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

somente a partir dos 16 anos, com a autorização dos pais ou representantes legais, é que é possível contrair o matrimônio.

Até 2019 era permitido o casamento excepcionalmente por quem não tinha alcançado a idade núbil para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou mesmo em caso de gravidez.

Contudo, em março do mesmo ano, sobreveio a Lei de nº 13.811/2019, que altera o art. 1.520 do CC/02 para proibir o casamento de quem não atingiu a idade núbil em qualquer hipótese.

Vale dizer que dentre as causas de anulabilidade do casamento previstas no art. 1.550 do CC/02⁴¹ está o matrimônio celebrado por quem não possuía idade núbil para casar-se ou mesmo do menor, mas em idade núbil, quando não autorizado pelo seu representante legal.

Nesse sentido, dentre as obras estudadas, somente Washington de Barros Monteiro, atualizado por Regina Beatriz Tavares (2016) entende que a capacidade civil como elemento fundamental para existência da união estável, para tanto, invocam o art. 5º do Código Civil⁴² para fundamentar seu entendimento, sobretudo porque a união estável produz efeitos, inclusive patrimoniais.

Registram que para celebração de casamento válido também se faz necessária a observância da capacidade dos nubentes, razão pela qual deve-se observar também a capacidade dos conviventes na união estável.

~~Art. 1.518. Até à celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização. (Redação anterior)~~

Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

~~Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. (Redação anterior)~~

Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código . (Redação dada pela Lei nº 13.811, de 2019)

⁴¹ Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558 ;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

⁴² Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Os demais autores estudados não elencam a capacidade civil expressamente como elemento caracterizador da união estável.

Como contraponto, Maria Berenice Dias entende ser inaplicável o art. 1.550, I do CC/02, defendendo não havendo idade mínima para verificação da união estável:

A lei elenca causas suspensivas para o casamento (CC 1.523). São causas meramente penalizadoras na esfera patrimonial dos contraentes, sem invalidar o ato matrimonial.²⁷ Essas restrições, entretanto, não são invocáveis na união estável. Não se pode falar sequer em analogia, pois descabe limitar direitos quando a lei expressamente não o faz. Assim, não existe idade mínima para a constituição de união estável (CC 1.550 I), até porque não há como exigir o consentimento dos pais ou responsáveis. (DIAS, p. 396)

3.1.3. COABITAÇÃO

A coabitação, popularmente conhecida como “dividir do mesmo teto”, também proporciona divergências doutrinárias, sendo, pois, mais um ponto controvertido no que tange à caracterização da união estável.

Muito embora o STF tenha publicado em 08/05/1964 a Súmula 382⁴³ que dispensa a vida em comum sob o mesmo teto para caracterização do que intitulou à época de concubinato – não tendo notícia de sua revogação pelo tribunal até a presente data, ou seja, permanece em vigor – esta é bastante questionada pela doutrina contemporânea.

Tem-se que Rolf Madaleno (2019) e Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares (2016) entendem que a coabitação é elemento caracterizador da união estável, admitindo raras e justificáveis exceções. Se posicionam, ainda, no sentido de que a Súmula 382 do STF é antiga e não merece prosperar face a mudança da sociedade, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido é o posicionamento de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares:

“Note-se que a súmula n. 382 do STF, segundo a qual “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”, foi editada em época em que nem sequer se considerava a união estável como relação de família, de modo que o ordenamento jurídico a relegava ao plano meramente obrigacional. Bem por isso, tratando-se de sociedade de fato, pouco importava a convivência sob o mesmo teto na caracterização da união estável.

Importava, isto sim, a conjugação de esforços, comprovada, para a obtenção de direitos exclusivamente patrimoniais sobre os bens que permaneciam sob a titularidade de somente um dos partícipes dessa relação, conforme ditava a súmula n. 380 do STF, segundo a qual, “Comprovada a existência de sociedade

⁴³ Súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Assim, não eram atribuídos aos companheiros direitos típicos das relações familiares. Os conviventes não tinham direito aos alimentos, tampouco se presumia o esforço comum com a aplicação do regime da comunhão parcial de bens, muito menos tinham direitos sucessórios, que hoje são assegurados aos companheiros. Por essas razões, a súmula n. 382 do STF deve ser havida como não prevalecente, como já reconhecem vários julgados.” (MONTEIRO, TAVARES, 2016, p. 71)

Os autores Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano incluem a coabitação como um elemento caracterizador accidental, ou seja, que não é determinante, mas facilita a comprovação da existência da união estável perante o judiciário:

“Na linha de entendimento desta súmula, conclui-se que, mesmo vivendo em casas separadas, o casal pode haver constituído a união estável.

Ora, uma pergunta, nesse ponto, o nosso atento leitor poderá fazer: se não existe tempo mínimo exigido para a caracterização do vínculo, se a prole comum não se faz indispensável, se a coabitação também se afigura despicienda, como, afinal, poderemos reconhecer, com segurança, a caracterização da união estável?

Logicamente que tais elementos (tempo de convivência, prole e coabitação), quando existentes (ou concorrentes), poderão reforçar o reconhecimento da tese.” Grifos Nossos (GAGLIANO, FILHO, 2018, p 445)

Maria Helena Diniz, por sua vez, inclui a coabitação como elemento caracterizador, mas explica que:

(..) uma vez que a união estável deve ter aparência de casamento. Ante a circunstância de que no próprio casamento pode haver uma separação material entre os consortes por motivo de doença, de viagem ou de profissão, a união estável pode existir mesmo que os companheiros não residam no mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente. (DINIZ, 2019, p. 442)

De forma mais assertiva, Maria Berenice Dias enfatiza que:

Um dos deveres do casamento é a vida em comum, no domicílio conjugal (CC 1.566 II). Na união estável, inexistente essa imposição. Nada é dito sobre o domicílio familiar. Assim, a coabitação, ou seja, a vida sob o mesmo teto, não é elemento essencial para a sua configuração. (DIAS, 2016, p. 396)

Afilia-se ao mesmo entendimento, Conrado Paulino da Rosa (2017), tendo este último registrado como elemento caracterizador da união estável a “desnecessidade de coabitação” por entender que este não é um requisito essencial, mas sim um forte indício da configuração da união estável, justificando seu posicionamento com a própria Súmula 380 do STJ.

Se ampara, para tanto, nas escolhas pessoais dos companheiros e apresenta a família virtual (ou *iFamily*), fazendo menção a um livro de sua autoria sobre o referido

tema, que poderá ser formada em caráter provisório, quando um dos integrantes da entidade familiar se afasta do convívio temporariamente.

3.1.4. PROLE OU PRAZO DE CONSTITUIÇÃO

Da análise das obras selecionadas, somente dois autores incluem o lapso temporal como elemento caracterizador da união estável, Rolf Madaleno e Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze, sendo que esses últimos o incluem como elementos caracterizadores acidentais não apenas o tempo, como a existência de prole.

Apesar de Rolf Madaleno elencar como item no capítulo destinado aos requisitos da união estável, o prazo para constituição é negativamente questionado pelo autor. Este inicia registrando que o art. 1.723 do CC/02 não determina prazo mínimo para constituição e que desde antes da vigência do referido diploma legal, a Lei nº 9.278/96 já afastava a exigência do lapso temporal de cinco anos. Nesse aspecto, adverte o autor:

“Os casamentos também não dependem do tempo, sendo grande o número de divórcios em curto espaço de matrimônio e nem por isto seus efeitos jurídicos deixam de ser reconhecidos, partilhando entre os cônjuges ou conviventes o patrimônio porventura realizado, e, eventualmente, reconhecendo os demais direitos e deveres examinados, sempre quando for constatado no relacionamento estável o ânimo de constituir família.

Importa para a configuração da união estável a verificação factual da existência do indissociável consentimento, porque, tal como ocorre no casamento, também na união estável não há como reconhecer a sua constituição se a relação for destituída do informal consentimento, este identificado pela dupla vontade dos conviventes em convergirem para a formação de uma família em estado de comunhão plena de vida.” (MADALENO, 2019, p.449)

E por fim, conclui:

“Procura o julgador um seriado de requisitos, cujo somatório permite avaliar se determinado casal convive em união estável, e dentre os pressupostos afigura-se como essencial determinar a ocorrência do efetivo consentimento, configurado na vontade determinante de formar uma união ao estilo do casamento, de viver como se tratasse de uma relação conjugal, compartilhando duas vidas, que antes transitavam separadas, agora, em uma real união de fato, onde cada um dos conviventes tem a exata dimensão e a natural capacidade de entender e, principalmente, querer viver como se casado fosse, e para isso o tempo é irrelevante.” (MADALENO, 2019, p.449)

Tem-se, pois, que o autor na verdade faz menção ao consentimento e não ao lapso temporal, portanto, extrai-se da leitura da obra do autor, que o tempo não é relevante para caracterização da união estável, muito embora o prazo para constituição tenha sido elencado pelo autor como requisito.

Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho estabelecem de forma didática uma divisão em dois grandes grupos, com o que entendem ser os elementos caracterizadores da união estável. São eles:

- 1) Elementos caracterizadores essenciais: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituir família;
- 2) Elementos caracterizadores acidentais: tempo, prole e coabitação.

Em relação aos elementos caracterizadores essenciais, esses serão melhor estudados no item a seguir, quanto aos elementos caracterizadores acidentais, estes são classificados pelos autores como elementos que não necessariamente são determinantes para identificação da união estável, mas que facilitam a demonstração judicial no que tange a comprovação da existência, são eles: o tempo de convivência, a existência de prole ou a existência de coabitação.

Destacam, ainda, que não há previsão legal atual que exija tais elementos, criticando o que chamam de volatilidade dos tribunais, ilustrando por meio de julgados como o critério temporal não se encontra pacificado na jurisprudência.

“EMENTA: Apelação cível. Previdência pública estadual. Pensão. União estável de curta duração (menos de dois anos). Descabimento do pedido. 1. A lei federal relativa à dita união estável, que dispensa tempo mínimo, se refere tão só aos efeitos patrimoniais entre os conviventes, portanto direitos disponíveis e no âmbito do direito privado. Não se estende a efeitos previdenciários entre o segurado e a previdência pública, envolvendo erário, portanto direitos indisponíveis e no âmbito do direito público. Voto divergente quanto ao fundamento. 2. Apelação desprovida” (TJRS, Apelação Cível 70026530667, rel. Irineu Mariani, julgado em 15-4-2009, 1.a Câ. Cív.). (Grifos nossos)

“EMENTA: Apelação. União estável. Tempo. Convívio duradouro. A legislação atual referente à união estável, inclusive o Novo Código Civil, não mais exige tempo mínimo de convivência para que a relação caracterize união estável, bastando que seja duradoura, presentes os demais requisitos legais. In casu, a convivência sob o mesmo teto, como marido e mulher, durou aproximadamente dezoito meses, período insuficiente à caracterização da união estável em tantos outros casos, mas que na espécie não obstaculiza o reconhecimento pretendido. Apelo desprovido” (TJRS, Apelação Cível 70010253904, rel. Rui Portanova, julgado em 23-12-2004, 8.a Câ. Cív.). (Grifos nossos)

“EMENTA: Apelações cíveis. União estável. 1. Alimentos. Reconhecida a existência da união estável que perdurou dezesseis anos, e a total dependência econômica do companheiro relativamente à companheira, esta deve prestar alimentos em seu favor, até que ele possua rendimentos para propiciar o seu sustento. 2. Partilha. Os bens imóveis adquiridos comprovadamente por subrogação pela companheira não entram na comunhão. É válida a manifestação de vontade contida em documento assinado pelo companheiro, onde ele reconhece que um imóvel adquirido durante a vigência da união estável pertence com exclusividade à companheira. Partilham-se as aplicações financeiras existentes por ocasião da separação de corpos, sobre as quais não

foi demonstrada a sub-rogação. 3. Sucumbência. Redimensiona-se a sucumbência, na parte em que foi recíproca entre os litigantes, não permitida a compensação. Preliminar de nulidade rejeitada. Apelações parcialmente providas” (TJRS, Apelação Cível 70017548405, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 21-12-2006, 8.a Câm. Cív.). (Grifos nossos)

“Ação ordinária de reconhecimento de união estável. Sentença de parcial procedência da ação. Apelações. 1. No caso que se apresenta nos autos, de se ver que conforme declaração fornecida pela própria requerente foi afirmado que ela conheceu o ‘de cujus’ em 1995. 2. O fato de terem eles se conhecido naquela data, não significa que a união estável estava caracterizada a partir daquela data, até mesmo porque no início, qualquer relação não passa de um namoro. 3. O relacionamento do homem e da mulher, para merecer a proteção do Estado e ser reconhecido como uma entidade familiar, há de ter o propósito de um casamento, e não de um namoro qualificado. 4. De outro lado, se não consideradas as notícias veiculadas na imprensa sobre o assalto que sofreu o casal, deve ser levado em conta a declaração voluntária do ‘de cujus’ em sede policial, sobre o mesmo evento, onde ele qualificou a autora como sua esposa, motivo suficiente para comprovar a existência de relação estável no ano de 2001, ao mesmo tempo que os documentos relativos à internação da autora comprovam que a mesma residia no endereço da Fazenda de propriedade do falecido, possibilitando o reconhecimento da união estável no ano de 2000, por isso a sentença acertadamente declarou a existência da união estável no período compreendido entre o ano de 2000 e a sua dissolução em 26 de maio de 2001, data do óbito do falecido. 5. Recursos a que nego seguimento (art. 557, ‘caput’, do CPC)” (TJRJ, AP 0000189-10.2001.8.19.0043, Des. Miguel Angelo Barros, julgado em 18-2-2010, 16.a Câm. Cív.). (Grifos nossos)

“Apelação Cível. Reconhecimento de união estável. Ausência de comprovação. A união estável, que a lei protege e de que advêm direitos e deveres, é a convivência duradoura pública e contínua entre homem e mulher, com o objetivo de constituir família. Prova demonstra a existência de um namoro por cerca de três anos. Sentença mantida. desprovidamento do recurso” (TJRJ, AP 0063629-24.2006.8.19.0004 — 2009.001.52557, Des. Odete Knaack de Souza, julgado em 10-2-2010, 27.a Câm. Cív.). (Grifos nossos)

Vale dizer que Flávio Tartuce (2019) também se afilia ao entendimento dos autores supracitados ao que destaca, utilizando-se de jurisprudências de tribunais estaduais em que o lapso temporal e a coabitação são enfrentados como o duas pessoas que namoraram há 08 (oito) anos, cuja união estável não foi reconhecida pelo TJRS⁴⁴ e a ação de reconhecimento *post portem* em que o casal havia namorado por oito anos antes de efetivamente se casarem, hipótese também afastada pelo TJRJ⁴⁵.

Ainda sobre o prazo de convivência, Maria Berenice Dias (2016) registra que a lei não prevê expressamente um prazo mínimo, mas entende que a relação não poderá ser efêmera ou circunstancial. Nesse caso deverá se prolongar no tempo com continuidade, invocando, assim os elementos da durabilidade e continuidade, sem trazer julgados, casos

⁴⁴ TJRS, Processo 70008361990, 4.º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decisão de 13.08.2004

⁴⁵ TJSP, Apelação Cível 2007.001.65224, 14.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, j. 27.02.2008

concretos, sugestão de prova ou menção a outros autores no ponto do capítulo dedicado a explicar tais elementos.

Resta claro, portanto, que muito embora não seja esse um elemento propriamente determinante, a análise deste do lapso temporal e da prole em comum, junto com o conjunto probatório na hipótese de uma ação judicial, podem contribuir com o convencimento do magistrado.

3.2. DOS ELEMENTOS PREVISTOS EM LEI E A INTERPRETAÇÃO DA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA

3.1.2. DIVERSIDADE DE SEXO

Como sabido, a legislação brasileira não menciona expressamente até a presente data a união estável ou mesmo o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, contudo, isso não foi óbice para o reconhecimento dessa entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011, com o julgamento histórico da ADIN 4.277/DF em conjunto com a ADPF 132/RJ, cuja decisão foi certificada pela UNESCO como patrimônio documental da humanidade (POMPEU, 2018) em 2018.

Pertinente repisar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº175/2013, padronizando o procedimento cartorial em todo o território nacional, vedando a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Contudo, apesar do princípio da vedação ao retrocesso e o fato da matéria ter sido aparentemente pacificada pelo julgamento do STF e pela resolução do CNJ, ainda há na doutrina autores que questionam o reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo enquanto entidade familiar.

Vale citar a obra de Arnaldo Rizzardo, que apesar de ter sido publicada a 10ª edição em 2019, no capítulo dedicado à união de pessoas do mesmo sexo não faz nenhuma menção ao julgado do STF de 2011, de modo que não é possível afirmar se este, de fato, é o posicionamento do autor ou se a obra não contemplou o julgado por erro material, posto afastar com veemência a o reconhecimento desta entidade familiar.

“Não há que se falar em direito a alimentos, por ausência de sustentação no direito positivo brasileiro, e em razão de que, anteriormente, as Leis nos 8.971 e 9.278, e, agora, os artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil, restringem-se unicamente a pessoas unidas de sexo diferente. Nem se cogita, na hipótese, de

partilha do patrimônio após a morte de um dos conviventes, à semelhança com o que se dá na união entre um homem e uma mulher.

No entanto, prenunciam-se alguns avanços. Foi reconhecido pela Sexta Turma do STJ o direito de o parceiro receber a pensão por morte do companheiro falecido (REsp. 395.904). O entendimento, iniciado pelo saudoso ministro Hélio Quaglia Barbosa, é que o legislador, ao elaborar a Constituição Federal, não excluiu os relacionamentos homoafetivos da produção de efeitos no campo de direito previdenciário, o que é, na verdade, mera lacuna que deve ser preenchida a partir de outras fontes do direito.” (RIZZARDO, 2019, p. 97)

Registra-se que o julgado do STF sobre a matéria é mencionado por Arnaldo Rizzardo, no item dedicado ao estudo do “casamento inexistente” elencando na primeira possibilidade a “diversidade de sexos” como possibilidade de nulidade do casamento, ao que relata:

“Por mais que se defenda e justifique o homossexualismo⁴⁶, desfigura o casamento, em sua origem e em sua natureza, a união de dois seres humanos do mesmo sexo. Fisiológica e psicologicamente, as peculiaridades ou características do homem e da mulher são complementares.” (RIZZARDO, 2019, p. 97)

Não obstante, o autor vai além, destacando no mesmo capítulo que:

no Brasil existem decisões admitindo o casamento, sob os mais diversos fundamentos, imprimindo-se um viés favorável na interpretação de dispositivos constitucionais e do Código Civil. Evidente a inclinação em forçar a interpretação, numa acomodação do direito ao fenômeno social. (RIZZARDO, 2019, p. 98)

Contrapondo o posicionamento do autor supracitado, em relação ao a inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo, esclarece Rolf Madaleno:

“Ao casamento inexistente faltam um ou mais elementos essenciais e indispensáveis para a sua formação, como no passado, antes da decisão do STF em face da ADI 4.277/2009 e da ADPF 132/2008, e antes do REsp 1.183.378-RS23 admitindo o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, a diversidade de sexos dos noivos era condição imprescindível para validade do casamento, como observava o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, e o Código Civil nos artigos 1.514 e 1.517 ao estabelecerem devesse o casamento ocorrer entre um homem e uma mulher e não entre pessoas do mesmo sexo.” (P. 55) (Grifos Nossos)

Nesse sentido, explica Maria Berenice Dias:

“Nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculizava a realização do casamento era somente o preconceito. Aliás, a construção doutrinária sobre casamento

⁴⁶ Sobre o termo utilizado pelo autor, homossexualismo, é sugerido a leitura da matéria jornalística “Homossexualismo ou homossexualidade?” de autoria de Sérgio Rodrigues. Disponível em < <https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/homossexualismo-ou-homossexualidade/> > Acesso em 18/01/2019.

inexistente tem como único ponto de sustentação a alegada impossibilidade do casamento homossexual.” (DIAS, 2016, p. 241)

Ainda sobre a discussão sobre o reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar, destaca Flávio Tartuce a existência de posicionamento no sentido de que a união estável não constitui entidade familiar, utilizando-se de diversos julgados anteriores à decisão do STF proferida em 2011⁴⁷ para fundamentar o que intitula de “primeira corrente”:

⁴⁷ “Direito civil e processual civil. Dissolução de sociedade de fato. Homossexuais. Homologação de acordo. Competência. Vara cível. Existência de filho de uma das partes. Guarda e responsabilidade. Irrelevância. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – arts. 1.º e 9.º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 502.995/RN, j. 26.04.2005, 4.ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16.05.2005, p. 353, REVJUR vol. 332, p. 113; Veja: Sociedade de fato – Patrimônio comum – STJ – REsp 148.897/ MG, RSTJ 110/313, RT 756/117, LEXSTJ vol. 00108, agosto 1998/235, RJTAMG).

“Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum. Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1.º da Lei 9.278/1996. A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 773.136/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2006, DJ 13.11.2006, p. 259).

“Apelação cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, § 3.º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher. Revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo” (TJMG, Processo 1.0024.04.537121-8/002(1), 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 24.05.2006).

“Conflito negativo de competência. Ação de reconhecimento de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. 1 – É essencial a diversidade de sexos para viabilizar o casamento e a união estável, de modo que as relações homossexuais escapam ao direito de família, mas não ao direito obrigacional. 2 – Cabe ao juízo cível processar e julgar a ação de reconhecimento de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo.

“Essa corrente parte de uma interpretação literal, tanto da Constituição Federal (art. 226, § 3.º, que fala em “homem e a mulher”), quanto do Código Civil (art. 1.723, que fala em “homem e a mulher”).

Segundo a literalidade das normas em questão, exige-se que a união seja constituída por pessoas de sexos distintos. Por esse caminho, há na união homoafetiva uma sociedade de fato, com aplicação da Súmula 380 do STF, ou seja, o parceiro é um sócio, tendo direito a parte dos bens adquiridos na constância dessa sociedade, pelo esforço comum.” (TARTUCE, 2019, p. 407)

Destaca, ainda o posicionamento da “segunda corrente”, que defende a aplicação às relações de pessoas do mesmo sexo, por analogia, as mesmas normas da união estável, citando diversos julgados também anteriores ao julgamento do STF⁴⁸ e destaca o entendimento de outros autores também da área do direito. Por fim, conclui:

“Em maio de 2011, o STF julgou a questão, concluindo pela aplicação, por analogia, das mesmas regras da união estável para a união homoafetiva (ver Informativo n. 625 do STF). Assim, a segunda corrente consolidou-se no Direito de Família Brasileiro, notadamente pela eficácia *erga omnes* da decisão superior. Aguarda-se a aprovação de preceitos legais disciplinando a união homoafetiva de forma definitiva, o que não obsta o seu reconhecimento pleno.” (TARTUCE, 2019, p. 422)

Competência do juiz da vara cível declarada (suscitado)” (TJGO, CNC 994-3/194 (200701327426), de Goiânia, 2.ª Seção Cível, Rel. Des. Carlos Escher, DJE 29.10.2007).

⁴⁸ “União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo” (TJRS, Apelação Cível 70012836755, 7.ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

“União estável. Partilha de bens. Inquestionada a existência do vínculo afetivo por cerca de 10 anos, atendendo a todas as características de uma união estável, imperativo que se reconheça sua existência, independente de os parceiros serem pessoas do mesmo sexo. Precedentes jurisprudenciais. Por maioria, desacolheram os embargos da sucessão e acolheram os embargos de TMS” (TJRS, Embargos Infringentes 70006984348, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Maria Berenice Dias, j. 14.11.2003).

“União estável. Relação homoerótica. Pressupostos. Prova. Indícios insuficientes. A união estável, para integrar-se, deve abrigar um núcleo de requisitos que façam admitir a intenção de constituir família, numa comunhão de vida e interesses. A vida em comum, durante anos, entre um deficiente visual e um jovem que o acompanhava e dirigia seu carro, não é suficiente para caracterizar uma união homoerótica passível de ser aceita como entidade familiar constitucionalizada, principalmente quando o primeiro primava pela filantropia, auxílio aos necessitados e atenção para os cegos e hipossuficientes. Apelação provida, por maioria” (TJRS, Apelação Cível 70005345418, 7.ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 17.12.2003).

Contudo, os doutrinadores que efetivamente incluem a diversidade de sexo como elemento caracterizador da união estável, ao que é possível citar, nesse sentido Rolf Madaleno, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz e Conrado Paulino da Rosa, que chamam a atenção para a expressão “homem” e “mulher” no texto legal, mas destacam o julgado no STF e a possibilidade de reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar.

Ademais, vale citar o entendimento de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, acerca da diversidade de sexo enquanto requisito ou elemento caracterizador da união estável:

“Esse caráter fático e informal da união estável, portanto, conduz-nos à inafastável conclusão de que, por ser uma simples união de fato, não se condicionaria ao ditame formal impositivo da diversidade sexual — típico do casamento —, permitindo, com isso, o reconhecimento da relação familiar entre companheiros, sejam eles do mesmo sexo, sejam de sexo diverso.” (GAGLIANO, FILHO, 2018. P. 437)

Por fim, os autores Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares, Anderson Schreiber, Maria Berenice Dias não incluem a diversidade de sexo como elemento caracterizador da união estável.

3.2.2. PUBLICIDADE, CONTINUIDADE, DURABILIDADE E OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA

Os requisitos legais da publicidade, continuidade, durabilidade não são expressamente mencionados com as mesmas palavras utilizadas pelo legislador, tampouco de forma individualizada. Contudo os elementos se fazem, de certa forma, presentes em contextos diversos, como quando é explicada a coabitação ou o lapso temporal.

Anderson Schreiber se limita a tecer no tópico intitulado “características”, em curtas linhas, comentários sobre todos os elementos. Vejamos:

“Inspirada nas normas do Código Civil que tratam do tema, a doutrina enumera as seguintes características da união estável: (a) convivência pública, contínua e duradoura; (b) escopo de compartilhamento de um projeto de vida em comum e (c) formação espontânea e informal. Se as duas primeiras características são comuns à união estável e à família matrimonial, a última relativa à formação espontânea e informal as diferencia profundamente. Toda disciplina do casamento é influenciada pela solenidade e publicidade do seu ato formador. A formação espontânea e informal da união estável não pode ser desrespeitada por uma assimilação acrítica de normas próprias da disciplina matrimonial, mormente aquelas que se ligam funcionalmente ao ato do casamento e ao seu caráter público e solene.” (SCHREIBER, 2018, p. 913)

Segundo Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (2018), a publicidade reside na ideia de o casal ser reconhecido socialmente como família, ou seja, que a convivência seja pública e não clandestina. Já a continuidade é traduzida com exemplos antagônicos, que segundo estes, possibilita a diferenciação de meros namoros, como relacionamentos fugazes e sem *animus* de permanência e definitividade, que não tem o condão de caracterizar uma entidade familiar.

Não obstante, os autores não fazem menção expressa à durabilidade, mas conceituam o que chamam de “estabilidade”, utilizando-se do adjetivo “estável”, que segundo os autores, possibilita a diferenciação da união estável da “ficada”, se referindo as relações eventuais.

Por sua vez, objetivo de constituição de família é descrito como uma relação de companheirismo, diferente da instabilidade de um simples namoro, que realiza a imediata finalidade de constituir família, como se casados fossem.

Os autores tecem alguns comentários acerca das diferenças entre união estável e namoro, citando julgados e reforçando a ideia de que um simples namoro é uma relação instável sem potencial repercussão jurídica e que uma relação de companheirismo consiste em uma relação estável de família com potencial repercussão jurídica.

Para Conrado Paulino da Rosa (2017), a publicidade é explicada pelo como a notoriedade da relação no âmbito social, afastando a possibilidade de identificação da união estável em relações clandestinas, veladas ou às escondidas, citando a máxima do ditado popular “quem não é visto não é lembrado”.

Registra, ainda, a possibilidade de comprovação da publicidade por meio de postagens e marcações em redes sociais.

Quanto a durabilidade, o autor adverte que muito embora não haja prazo mínimo para configuração da união estável, esta deverá ser assente, firme, fixa, sólida, permanente, inalterável, ilustrando o intento de constituir família a citação de um julgado do TJRS. Por sua vez, a continuidade é apresentada como a vida em comum de forma contínua, portanto, sem interrupções, reforçando a ideia de permanência, ponto em que o autor fez apenas menção à obra de outro autor da área jurídica.

No tocante ao objetivo de constituição de família, adverte que se trata de um elemento subjetivo, destaca que relações esporádicas não constituem união estável, e conceitua:

“O propósito de constituição de família exterioriza-se exatamente na vida em comum, sob o mesmo teto ou não, aos olhos públicos e com afeição recíproca, como se casados fossem, em mútua colaboração econômica, parceria em negócios e conjugação de esforços.” (DA ROSA. 2017 p. 84)

Por sua vez, Rolf Madaleno (2019) destaca expressamente apenas a publicidade e a continuidade, sendo que em relação à primeira o autor que os companheiros devem, preferencialmente morar juntos, mantendo uma vida em comum como no casamento, devendo ser conhecida no meio social e familiar, afastando-se qualquer clandestinidade ou segredo da relação.

Destaca, ainda, que apesar de pública, a relação não precisa ser notória, utilizando-se da citação de outros autores do direito, textos normativos e julgados para ilustrar o tópico.

Ainda segundo o referido autor, a continuidade se reflete na estabilidade e seriedade da relação, admitindo que a continuidade poderá abarcar eventuais lapsos de interrupção ocasionado por brigas entre o casal, contudo, alerta:

“Ocorrendo a separação de fato, será tarefa do juiz verificar se presentes os pressupostos configuradores do relacionamento estável, e se a separação simplesmente representou o termo final da união, ou se justamente essas seguidas interrupções impediram reconhecer a continuidade e consequente estabilidade, capazes de identificar judicialmente uma genuína entidade familiar.” (MADALENO, 2019, p. 452)

A atenção é rapidamente lançada sobre o objetivo de constituir família, requisito que é imbuído em certa subjetividade por não haver fórmula própria, sugerindo o autor a pesquisa do comportamento dos conviventes, considerando a coabitação – que comporta raras exceções.

E, para melhor ilustrar o referido requisito, o autor destaca os principais aspectos de uma relação familiar, mencionando o trabalho de Francisco E. Abbate⁴⁹, considerando a perspectiva da psicologia. São eles:

- a) a identidade do afeto;
- b) o desenvolvimento da personalidade e
- c) o compartilhamento.

Para Maria Berenice Dias (2016), a lei não traz elementos precisos que se revelem aptos a definir a união estável, limitando-se a listar suas características consistentes na convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição família.

⁴⁹ ABBATE, Francisco E. Armonía conyugal: aportes médico-psicológicos. Buenos Aires: Astrea, 1987

Para tanto, em relação à convivência pública, destaca que o que a lei exige é a notoriedade da relação que deve ser conhecida no meio social dos conviventes, visando afastar relações dos que não se assumem perante a sociedade como “se casados fossem”.

Explica, ademais, que a lei não prevê expressamente um prazo mínimo, mas entende que a relação não poderá ser efêmera ou circunstancial, portanto deverá se prolongar no tempo com continuidade, justificando, assim as características da durabilidade e continuidade, sem julgados, casos concretos, sugestão de prova ou menção à outros autores no ponto do capítulo dedicado a explicar tais elementos.

Em relação ao objetivo de constituição de família, a autora adverte que se trata de um pressuposto subjetivo e destaca:

“Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um vínculo afetivo. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento se torna uma unidade. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma entidade familiar. O casal transformasse em universalidade única que produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial. Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais do que a prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação só serve como meio de comprovar a existência do relacionamento. Atentando a essa nova realidade o direito rotula a união de estável.” (DIAS, 2016. p.391)

Washington Monteiro e Regina Beatriz Tavares (2016), advertem em relação aos elementos caracterizadores da publicidade e estabilidade, que a união estável não poderá ser sigilosa ou clandestinas e que a permanência estável da relação, sem interrupções constitui um requisito para sua identificação. Os autores também advertem brevemente que apesar da lei não determinar prazo mínimo de convivência, é necessário que esta seja contínua e duradoura.

Destacam, ainda, que o simples *animus* de constituição de família não basta para caracterização da união estável, sendo necessária a manifestação aparente de casamento, que poderá ser caracterizada pela comunhão de vidas dentre duas pessoas, no sentido material e imaterial.

Por sua vez, Maria Helena Diniz (2019) explica a publicidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família no que chama de “notoriedade de afeições recíprocas”, “honorabilidade” e “fidelidade e lealdade entre os companheiros”, sendo certo que neste

último a autora prolonga a discussão acerca dos deveres entre os companheiros entabulados no art. 1.724 do Código Civil⁵⁰.

Para a autora entre os companheiros deve prevalecer a ideia de vida em comum, a existência de um compromisso pessoal e mútuo de formar uma família, deve-se ter um verdadeiro compartilhamento de vidas, sendo inafastável a aparência da posse de estado de casado.

Ademais, Flávio Tartuce, no que diz respeito aos elementos caracterizadores destacados pelo autor, registra que:

“Os requisitos, nesse contexto, são que a união seja pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem que haja interrupções, sem o famoso “dar um tempo” que é tão comum no namoro) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (*animus familiae*). Para a configuração dessa intenção de família, entram em cena o tratamento dos companheiros (*tractatus*), bem como o reconhecimento social de seu estado (*reputatio*). Nota-se, assim, a utilização dos clássicos critérios para a configuração da posse de estado de casados também para a união estável.” (TARTUCE, 2018, p. 407)

O referido autor ao longo de sua obra descreve como outros autores e os tribunais interpretam os referidos requisitos, sem trazer fortemente sua própria opinião em outras passagens.

Outrossim, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald definem a estabilidade (ou durabilidade) como a exigência de um caráter estável, cuja duração é prolongada no tempo, fazendo, portanto, da relação algo não acidental ou momentânea. O requisito da publicidade reside na necessidade de que a relação seja pública, no sentido de notoriedade e não de clandestinidade e, por sua vez, a continuidade é explicada como a solidez do vínculo e não no sentido de perpetuidade.

Não obstante, o objetivo de constituição de família, segundo os autores, reside na comunhão de vidas no sentido material e imaterial, na firme intenção de viver como se casados fossem.

Verifica-se, pois, que não há uniformidade na classificação dos elementos legais da união estável, encontrando divergências, sobretudo no elemento do objetivo de constituição de família.

⁵⁰ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

4. SUBJETIVIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL SEGUNDO A DOUTRINA

No intuito de mapear como os autores contemporâneos estudados ilustram a subjetividade dos elementos caracterizadores da união estável, após a realização da pesquisa foram encontrados alguns indicativos comuns, a saber:

- a) opinião do próprio autor;
- b) citação de outros autores da área do direito;
- c) textos normativos: que consiste no uso de legislação, resolução, portarias, enunciados ou outros tipos de diretrizes;
- d) jurisprudências: a utilização de em julgados e súmulas de forma integral ou parcial, completa ou resumida;
- e) exemplos ou casos concretos;
- f) sugestão de provas: que se revelem aptas a caracterizar a união estável perante os tribunais.

Outrossim, visando abarcar o olhar multidisciplinar sob a família contemporânea, também foi incluído a citação de outros autores de outras ciências e, ainda, modalidade “outros” que correspondem aos demais dados que tenham sido trazidos pelos autores.

4.1 A DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES PELA DOUTRINA

Da análise da obra de Anderson Schreiber (2018), este como elementos caracterizadores: a) convivência pública, contínua e duradoura; b) escopo de compartilhamento de vida; c) formação espontânea e informal. O autor não utiliza nenhum recurso além de sua própria opinião para fundamentar tais elementos caracterizadores.

Noutro giro, Arnaldo Rizzardo entende que os elementos da união estável são:

Apontam-se como primeiros elementos impostos para a formação da união estável: a convivência pública, contínua e duradoura de um homem e uma mulher; e o objetivo de constituição de família. Não se inserem as exigências do período de tempo mínimo, e nem o estado da pessoa com a qual alguém se une. (RIZZARDO, 2019, p. 853)

Em relação fundamentação dos elementos, o autor se utiliza de sua própria opinião, jurisprudência e texto normativo, fazendo menção a outros autores do direito.

Para Carlos Roberto Goncalves, os elementos constitutivos as união estável podem ser objetivos e subjetivos, destacando como objetivos a) diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica e, por sua vez, subjetivos a) convivência *more uxorio*; b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família.

Da análise de sua obra, todos os elementos são caracterizados pelo autor com o uso de sua opinião própria, citação de outros autores, jurisprudência e textos normativos.

Para Conrado Paulino da Rosa (2017), os requisitos para caracterização da união estável são: a) dualidade de sexo; b) publicidade; c) durabilidade; d) continuidade; e) objetivo de constituir família e f) desnecessidade de coabitação.

Registra-se que o autor ao firmar seu entendimento acerca da dualidade de sexo, ilustra a denominação da relação entre pessoas do mesmo sexo, fazendo referência na bibliografia à Jurandir Freire Costa⁵¹, psicanalista e escritor, que, segundo o autor, intitula a relação como “homoerotismo”. Ademais, o autor também se utiliza de citação de outros autores da área do direito, jurisprudência, sugestão de provas, ditado popular e sua própria opinião.

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016), entendem que os elementos caracterizadores da união estável são:

- a) *intuito familiae* (objetivo de constituição de família);
- b) diversidade de sexo,
- c) estabilidade (ou durabilidade),
- d) publicidade,
- e) continuidade,
- f) ausência de impedimentos matrimoniais

Desta forma, foram utilizados para ilustração dos elementos a própria opinião dos autores, citação de outros autores da área do direito, textos normativos e jurisprudência.

Por sua vez, em relação à Flávio Tartuce (2018), para que seja configurada a união estável ela deve ser pública – no sentido de notoriedade, contínua, duradoura e com objetivo de constituição de família.

⁵¹ COSTA Jurandir Freire. A questão psicanalítica da identidade sexual. In: GRAÑA, Roberto B. (org.) Homossexualidade. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998, p.19.

Exemplifica, utilizando-se de jurisprudências de tribunais estaduais casos concretos em que o lapso temporal e a coabitação são enfrentados como o duas pessoas que namoraram há 08 (oito) anos, cuja união estável não foi reconhecida pelo TJRS⁵² e a ação de reconhecimento post portem em que o casal havia namorado por oito anos antes de efetivamente se casarem, hipótese também afastada pelo TJRJ⁵³.

Para estabelecer a diferença do namoro e a união estável, trazendo à baila a discussão acerca do objetivo de constituir família, Tartuce cita julgados do STF⁵⁴ e o entendimento de Zeno Veloso, acerca da expressão namoro qualificado⁵⁵. Não obstante, relata ao estabelecer a diferença entre noivado e união estável que: “na união estável a família é presente; no noivado a família é futura, havendo um planejamento para sua concretização em posterior momento”, ilustrando seu entendimento com mais um julgado do TJRS⁵⁶.

Da análise da referida obra de Flávio Tartuce, tem-se que este ilustra os elementos utiliza-se basicamente de sua própria opinião, jurisprudência, textos normativos e faz menção a outros autores do direito.

Não obstante, Maria Berenice Dias, após a devida análise de sua obra, verifica-se que são elencados os elementos descritos no art. 1.723 do Código Civil para configuração da união estável, a saber: convivência pública contínua e duradora, com o objetivo de constituição de família, utilizando-se de sua própria opinião, jurisprudência e a citação de outros autores da área do direito para ilustrar a subjetividade dos elementos.

Maria Helena Diniz (2019) define os elementos caracterizadores da união estável como sendo: a) diversidade de sexo; b) ausência de matrimônio civil e de impedimento matrimonial entre os conviventes; c) notoriedade de afeições recíprocas; d)

⁵² TJRS, Processo 70008361990, 4.º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decisão de 13.08.2004

⁵³ TJSP, Apelação Cível 2007.001.65224, 14.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, j. 27.02.2008

⁵⁴ STJ, REsp 1.263.015/RN, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andriahi, j. 19.06.2012, DJe 26.06.2012

STJ, REsp 1.454.643/ RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 03.03.2015, DJe 10.03.2015

⁵⁵ No âmbito da doutrina, a expressão namoro qualificado foi cunhada, entre outros, por Zeno Veloso. Em obra recentemente publicada, ensina o Mestre que “os namorados, por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem – ou ainda não querem – constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível de que os antigos chamavam de *affectio maritalis*”. E mais, quanto aos efeitos, “ao contrário da união estável, tratando-se de namoro – mesmo o tal namoro qualificado – não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem patrimonial entre os namorados. Não há, portanto, que falar-se em regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo” (VELOSO, Zeno. *União..., Direito civil...*, 2018, p. 314).

⁵⁶ TJRS, Apelação Cível 389690-40.2012.8.21.7000, Campo Bom, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 12.12.2012, DJERS 18.12.2012

honorabilidade; e) fidelidade ou lealdade; f) coabitação; g) colaboração da mulher no sustento do lar, utilizando-se de sua própria opinião, jurisprudência, textos normativos, exemplos e citação de outros autores, inclusive estrangeiros.

Da análise da obra de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (2018), tem-se que estes dividem os elementos em dois grandes grupos, são eles:

- 1) Elementos caracterizadores essenciais: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituir família;
- 2) Elementos caracterizadores acidentais: tempo, prole e coabitação.

No entanto, ao descrever os elementos caracterizadores da união estável, os autores ilustraram suas subjetividades em apenas três itens: opinião própria, citação de outros autores do direito e jurisprudência.

Em relação à Rolf Madaleno (2018), tem-se que o autor entende como requisito para verificação da união estável, os seguintes elementos: a diversidade de sexo, coabitação, prazo para constituição, convivência pública, continuidade, com objetivo de constituir família e, por fim, a inexistência de impedimento matrimonial.

Tem-se, pois, que o autor não se manifesta expressamente sobre o requisito legal da durabilidade, faz menção implícita acerca desta quando relata o prazo para constituição e continuidade. Ademais, no tópico que define o objetivo de constituir família, o autor destaca que tal requisito que é imbuído em certa subjetividade por não haver fórmula própria, sugerindo a pesquisa do comportamento dos conviventes, considerando a coabitação – que comporta raras exceções.

Desta forma, tem-se que Rolf Madaleno se utiliza de sua própria opinião, jurisprudência, textos normativos, citação de outros autores da área do direito e uma única referência à um autor da área da psicologia.

A obra de Washington de Barros Monteiro, atualizada por Regina Beatriz Tavares, alerta que o conceito de união estável consiste na *“ausência de casamento para aqueles que vivam como marido e mulher. O conceito generalizado de união estável tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, com aparência de casamento.”* (p. 69)

E sintetiza os elementos que entender ser caracterizadores da união estável:

“Em síntese, estes são os pressupostos para que se reconheça a entidade familiar apta a produzir os efeitos pessoais e patrimoniais que posteriormente serão analisados: a) união estável entre duas pessoas, com constituição de família; b) convivência, em regra geral e salvo exceções, sob o mesmo teto, prolongada, pública e contínua; c) capacidade civil dos companheiros; d) inexistência de impedimento matrimonial, salvo, no caso de casamento, se

houver separação de fato.” Grifos nossos. (MONTEIRO, TAVARES, 2016. p. 76/77)

Da análise da obra, verifica-se que os autores atribuem novos elementos, além daqueles previstos em lei, para configuração da união estável, a saber: a monogamia, coabitação, a capacidade civil e a inexistência de impedimentos matrimoniais, utilizando-se apenas de opinião própria, textos normativos, julgados e a citação de outros autores, sendo certo que, grande parte das citações realizadas é de autoria da própria coautora, Regina Beatriz Tavares, que faz menção à trechos do seu próprio Código Civil Comentado.

Por fim, analisando apenas as ferramentas utilizadas para ilustrar os elementos “publicidade”, “continuidade” durabilidade” e objetivo de constituir família”, constatou-se que a própria opinião dos autores é o recurso mais utilizado, seguido da menção a outros autores do direito, textos normativos e jurisprudências.

Ademais, poucos autores exploram as sugestões de prova ou menção a autores de outras ciências. Somente um autor, qual seja, Conrado Paulino da Rosa (2017) utilizou ditado popular e nenhum dos autores trouxe exemplos reais ou casos concretos.

4.2. A UTILIZAÇÃO DE CIÊNCIAS DIVERSAS DO DIREITO

Não obstante tudo o quanto estudado, necessário frisar que o fenômeno jurídico é complexo, multifacetado e, segundo os ensinamentos de Miguel Reale (1994), comporta o olhar sob três perspectivas ou dimensões: normativa, fática e axiológica.

Nesse sentido, se analisado o direito apenas e tão somente na perspectiva meramente lógica, sobretudo do que está posto, do que é positivado, tem-se que este poderá alcançar pouco resultado prático, daí porque a necessidade de diálogo entre as ciências.

Muito embora Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018) tenham proposto desde o início do capítulo dedicado ao estudo da união estável uma abordagem interdisciplinar, os autores utilizam a própria legislação, jurisprudências, súmulas, artigos opinativos publicados em sites como o *Jus Navigandi*, citações de outros autores – também da área do direito – para fundamentar sua concepção.

Desta forma, além do relato consistente na alteração legislativa e jurisprudencial das últimas décadas, não restou verificada na referida obra a análise de questões sociais,

econômicas e culturais que melhor expliquem a união estável e sua relevância à sociedade.

Registra-se, por fim, que uma das citações de autores utilizadas na obra faz referência à um artigo opinativo do coautor, Pablo Stolze Gagliano, sobre contrato de namoro, publicado no site Jus Navigandi (GAGLIANO, 2006), em que é mencionada uma pesquisa veiculada em 2000 pela Fundação Getúlio Vargas, demonstrando a faixa etária dos entrevistados e os resultados encontrados quando questionados a respeito da opção entre a união informal, o casamento religioso com efeitos civis, o casamento e apenas a cerimônia religiosa.

Contudo, muito embora trate-se de edição atualizada, o link que aponta o endereço dos dados cujo acesso se deu em 25/07/2000 é inoperante⁵⁷.

Outro autor que se propôs analisar a união estável sob outro viés além do puramente jurídico é Rolf Madaleno, que elencou os motivos econômicos, sociais, legais, ideológicos, raciais e religioso, dentre outras causas para a disseminação da união estável.

Em relação aos motivos econômicos, adverte o autor, sem trazer nenhum dado estatístico ou científico que fundamente a sua opinião, que dentre as pessoas que não gostariam de se casar estão aqueles que enquanto viúvos, solteiros ou divorciados, que poderiam perder alguma espécie de benefício de natureza alimentar ou previdenciária caso se casassem. No mesmo rol, também estariam aqueles que não conseguem dispor dos altos gastos que envolvem o matrimônio, optando, portanto, pela constituição da família “informal”.

No que tange aos motivos sociais, destaca em breves linhas a desigualdade social como causa de disseminação da união estável, fazendo menção à Eduardo Estrada Alonso (1991), autor espanhol, sem indicativo de estudos, artigos ou dados estatísticos que aponte, justifique ou faça menção a realidade brasileira.

No tocante aos motivos legais, o autor lista apenas um, o impedimento ao casamento, exemplificando, para tanto, as pessoas desquitadas até o advento do divórcio no Brasil em 1977 e as pessoas separadas de fato ou que foram oficialmente separadas, mas não promoveram o divórcio.

Os motivos ideológicos consistem, segundo o autor, nas pessoas que querem viver a relação mais livremente, as que querem desenvolver um relacionamento de

⁵⁷ Segundo os autores: “Dados obtidos no site: <www.ig.planetavida.com.br/resp/rm01.shtml?artg_cd_artigo=4490>. Acesso em: 25 jul. 2000.”

experiência para melhor avaliar a sua continuidade, ou mesmo as pessoas que viveram experiências traumáticas e acabam por optar pela informalidade de uma união livre.

Em poucas linhas o autor cita, mais uma vez, o autor Eduardo Estrada Alonso (1991) para fundamentar os motivos raciais e ideológicos, relatando que há quem prefira ritos conjugais próprios de suas comunidades, afastando-se da solenidade do casamento civil. Nesse ponto também não é feita qualquer relação ou adaptação à realidade sociocultural brasileira.

A mudança na mentalidade ocidental é citada como “outras causas de disseminação da união estável” citando, novamente, Eduardo Estrada Alonso (1991).

Conrado Paulino da Rosa (2017) logo faz referência na bibliografia à Jurandir Freire Costa (1998), psicanalista e escritor, que, segundo o autor, denomina a relação homoafetiva como “homoerotismo”, não se utilizando de autores de outras áreas ou dados científicos e acadêmicos que demonstrem outro viés, senão o jurídico.

Desta forma, conclui-se que, admitida as supramencionadas exceções, os autores analisados não inovam na análise da união estável sob outro viés além do jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo surgiu de inquietações advindas das reiteradas dúvidas em relação ao reconhecimento da união estável, notadamente no que diz respeito aos seus elementos caracterizadores, tendo em vista as significativas alterações legislativas, bem como a forma que os tribunais e a própria doutrina a identifica.

As inquietações alcançam a prática da atividade jurídica e a atuação no meio acadêmico, portanto, identificar como a doutrina descreve a união estável, sob o olhar da multidisciplinaridade, apesar do curto tempo para realização da investigação, promovendo o levantamento de tantos títulos, faz do presente trabalho um instrumento para melhor compreender a união estável sob a ótica do direito civil contemporâneo.

Dito isso, após a devida coleta e análise dos dados obtidos, é possível afirmar que o conceito de união estável não está pacificado pela doutrina contemporânea, tendo em vista as divergências em relação aos seus elementos caracterizadores.

Além dos elementos previstos em lei, quais sejam: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família, outros parâmetros foram identificados.

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro, atualizada por Regina Beatriz Tavares e Carlos Roberto Gonçalves incluem expressamente a monogamia como um elemento caracterizador, tendo os primeiros criticado a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, manifestando-se contra o poliamorismo.

Quanto à inexistência de impedimentos matrimoniais, esses são listados por Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves expressamente como essenciais à identificação, sendo certo que os demais autores examinaram os impedimentos não como elementos caracterizadores, mas sim como matéria em tópico apartado.

Por sua vez, sobre esse ponto Maria Berenice Dias foi a única autora que se manifestou enfaticamente contra, entendendo que se existe de fato uma relação familiar, ela deve ser tutelada pelo Estado, ainda que exista impedimentos.

Acerca da capacidade matrimonial, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares incluíram expressamente como elemento caracterizador. Os demais autores trataram desta matéria em tópicos apartados, tendo Maria Berenice Dias se posicionado no sentido de que não há idade mínima para reconhecimento da união estável.

Rolf Madaleno e Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares incluíram a coabitação como elemento caracterizador, admitindo raras e justificáveis exceções, tendo se posicionado contra a Súmula 382 do STF por entenderem que esta superada.

Conrado Paulino da Rosa, Maria Helena Diniz e Maria Berenice Dias tratam a coabitação como sendo um fato não obrigatório, sendo que o primeiro ilustra com a figura do iFamily, relatando a possibilidade da família conviver virtualmente.

Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano possuem uma forma peculiar de conceituação dos elementos caracterizadores da união estável, posto que os dividem em dois blocos, são eles: a) elementos caracterizadores essenciais (publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituir família) e b) elementos caracterizadores acidentais (tempo, prole e coabitação), sendo que estes últimos não são obrigatórios, mas podem colaborar com a identificação pelo magistrado.

Acerca do tempo mínimo e da existência de prole em comum, dada a alteração legislativa, os elementos são identificados como forma auxiliar de identificação da união estável.

No que tange aos elementos caracterizadores expressos em lei, todos os autores os abordam, muito embora por vezes utilizem nomes diversos para explicá-los.

Da realização do presente estudo, foi possível observar que além das divergências doutrinárias apontadas, os julgados utilizados para ilustrar os elementos caracterizadores apontam também para a volatilidade dos tribunais. Portanto, é possível concluir que a falta de parâmetros, ainda que mínimos, pode implicar em insegurança jurídica a respeito de instituto.

Ademais, necessário registrar que dentre os recursos mais utilizados para ilustrar a subjetividade da união estável consistem na opinião própria do autor, a citação de outros autores do direito, além do uso do texto normativo e jurisprudência, ou seja, os livros utilizados levam em consideração elementos essencialmente jurídicos para analisar um fato que tem contornos sociais relevantes: a união estável.

Também não foram encontrados dados estatísticos, artigos ou escritos acadêmicos que tenham se utilizado de pesquisa de campo ou qualquer outra forma que se possa entender ou ao menos citar a perspectiva social da união estável no Brasil.

Poucos foram os autores, na verdade apenas dois – Rolf Madaleno e Conrado Paulino da Rosa – que citaram autores de outras ciências. No caso dos que utilizaram, citaram nomes da psicologia – fazendo crer que a multidisciplinaridade no estudo do direito

das famílias é pouco explorada, o que se contrapõe, de certa forma à fundamentação de alguns precedentes dos tribunais superiores na área de família que utilizam-se de outras ciências a exemplo da filosofia e sociologia para justificar seu entendimento.

Por fim, registra-se que a doutrina contemporânea diverge no que diz respeito a conceituação dos elementos caracterizadores da união estável, sendo certo que a maioria dos autores estudados analisam a união estável apenas sob o viés jurídico. Contudo, dada a complexidade da família contemporânea, entende-se que esse instituto merece ser contemplado em sua inteira pluralidade, propondo-se, portanto, o olhar para além da perspectiva jurídica.

REFERÊNCIAS

ABBATE, Francisco E. Armonía conyugal: aportes médico-psicológicos. Buenos Aires: Astrea, 1987

ALONSO, Eduardo Estrada. Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

ASCOM TJBA. TJBA disponibiliza em seu portal nova plataforma de pesquisa à jurisprudência. 2018. Disponível em: < <http://www5.tjba.jus.br/portal/tjba-disponibiliza-em-seu-portal-nova-plataforma-de-pesquisa-a-jurisprudencia/> > Acesso em: 28 jan. 2019.

BELTRÃO, Tatiana. Senado Notícias. Divórcio demorou a chegar no Brasil. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil> > Acesso em: 28 jan. 2019.

BEVILAQUA, Clovis. Direito da Família. 7ª Edição. 1976. Editora Rio, Rio de Janeiro/RJ.

BRASIL. Constituição 1824. Constituição Política do Império do Brasil de 1824, Rio de Janeiro, Brasília, abr. 1824 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Constituição 1891. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, Rio de Janeiro, Brasília, fev. 1891 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 7.036, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1944. Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho, Rio de Janeiro, RJ, dez. 1944. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7036.htm >. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil de 2002, Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. LEI Nº 4.297, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1963. Dispõe sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes, Brasília, DF, mai. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7036.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, Brasília, DF, dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Código Civil de 1916, Rio de Janeiro, RJ, jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. LEI Nº 4.121, DE 27 DE AGOSTO DE 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, Brasília, DF, set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, Brasília, DF, mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

CNJ. Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>> Acesso em: 28 jan. 2019.

CNJ. Resolução Nº 175 de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo

sexo. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> > Acesso em: 28 jan. 2019.

CONJUR. A polêmica data de vigência do novo Código Civil. 2002. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2002-out-28/polemica_data_vigencia_legislacao > Acesso em: 28 jan. 2019.

CONJUR. Cartório reconhece união estável entre três pessoas. 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/cartorio-tupa-sp-reconhece-uniao-estavel-entre-tres-pessoas> > Acesso em: 28 jan. 2019.

COSTA Jurandir Freire. A questão psicanalítica da identidade sexual. In: GRAÑA, Roberto B. (org.) Homossexualidade. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998, p.19.

DA ROSA, Conrado Paulino. Curso de Direito de Família contemporâneo. 3ª Edição – Editora Juspodivm, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico] / Maria Berenice Dias. – 4ª Ed. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias / Cristiano Chaves de Farias / Nelson Roselvand – 8ª ed. Ver. E atual – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

G1. Número de divórcios no Brasil é o maior desde 1984, diz IBGE. São Paulo/SP. Disponível em < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/11/numero-de-divorcios-no-brasil-e-o-maior-desde-1984-diz-ibge.html> > Acesso em 11/01/2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de namoro, Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8319>>. Acesso em: 21 abr. 2010

GAGLIANO, Pablo Stolze Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 2ª Edição – 1976. Editora Forense, Rio de Janeiro.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo demográfico: 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: < https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. 1974 -1978 - Registro civil do Brasil: resultados preliminares. Disponível em: < <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135> > Acesso em: 28 jan. 2019.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Registro Civil: Em 2016, registros de nascimentos têm queda (-5,1%) em relação a 2015. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/17943-registro-civil-em-2016-registros-de-nascimentos-tem-queda-5-1-em-relacao-a-2015> > Acesso em: 28 jan. 2019.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/193.pdf> > Acesso em: 28 jan. 2019.

LOURENÇO, Iolando; RICHARD, Ivan. Constituição de 1988 completa 25 anos. 2013. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/brasil/constituicao-de-1988-completa-25-anos/> > Acesso em: 28 jan. 2019.

MADALENO, Rolf Manual de Direito de Família / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDONÇA, Alba Valéria. Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação. G1 Rio. 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/primeiro-ter-uniao-estavel-com-2-mulheres-no-rio-fala-sobre-relacao.html> > Acesso em: 28 jan. 2019.

MENON, Isabella. Mulheres e 32 filhos podem dividir bens de funkeiro Mr. Catra. Folha de São Paulo. 2018. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2018/09/mulheres-e-32-filhos-podem-dividir-bens-de-funkeiro-mr-catra.shtml> > Acesso em: 28 jan. 2019.

MIGALHAS. Primeira mulher divorciada do país defende o divórcio por acreditar no amor. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI286343,31047-Primeira+mulher+divorciada+do+pais+defende+o+divorcio+por+acreditar> > Acesso em 11/01/2019.

MIGALHAS. STF RECONHECE DUPLA PATERNIDADE. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI246020,61044-STF+reconhece+dupla+paternidade> > Acesso em 11/01/2019.

MIGALHAS. STF reconhece união homoafetiva. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI132610,11049-STF+reconhece+uniao+homoafetiva> > Acesso em 11/01/2019.

Notícia STF. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982> > Acesso em 18/01/2019.

O GLOBO. Índice de divórcios cresce 161% no Brasil em relação a 2004. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/sociedade/indice-de-divorcios-cresce-161-no-brasil-em-relacao-2004-18165854> > Acesso em 11/01/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

POMPEU, Ana. Reconhecimento da união homoafetiva pelo STF vira patrimônio da humanidade. CONJUR. 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-dez-12/reconhecimento-uniao-homoafetiva-vira-patrimonio-humanidade> > Acesso em: 28 jan. 2019.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. Ed. São Paulo – Saraiva, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo Direitos de Família / Arnaldo Rizzardo. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES Sérgio. “Homossexualismo ou homossexualidade?” de autoria de Sérgio Rodrigues. Disponível em < <https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/homossexualismo-ou-homossexualidade/> > Acesso em 18/01/2019.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. O poder do macho. São Paulo: Moderna. (Coleção polemica) 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Diretor científico), PEDROSO, João (coord.); TRINCÃO, Catarina; DIAS João Paulo. O Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/01_boaventura_acesso_jud_pt.pdf > Acesso em 11/01/2019.

SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo / Anderson Schreiber – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil, 2: direito de família / Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva. – 43. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

STF RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf> > Acesso em 11/01/2019.

STF RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf> > Acesso em 11/01/2019.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Interior Teor. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> > Acesso em 11/01/2019.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SÃO PAULO. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160921-08.pdf> > Acesso em 11/01/2019

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família – v. 5 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TERRA. Segundo dados, pactos antenupciais cresceram 110% nos últimos 10 anos em no Brasil. 2017 Disponível em: < <https://www.terra.com.br/noticias/dino/segundo-dados-pactos-antenupciais-cresceram-110-nos-ultimos-10-anos-em-no-brasil,ab6f760c4ae8a3ad16f4e0ed76abf8e6b1k8dcm8.html> > Acesso em 11/01/2019.

VEJA. O IBGE e a religião — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%. Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/> > Acesso em 12/01/2019.

VELOSO, Zeno. Direito Civil: temas. Belém: ANOREGPA, 2018.

ANEXO A – DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO

DECLARAÇÃO ANTI-PLAGIO

Eu, **LIZE BORGES GALVÃO**, portadora do RG nº1143374975, inscrita no CPF/MF nº 018.282.465-90, residente e domiciliada na Rua Otacílio Santos, 242, apto 404 – Lake, Brotas, Salvador/BA, CEP: 40285840, declaro para os devidos fins que a dissertação de mestrado “**A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL: Uma análise do direito das famílias segundo a doutrina contemporânea.**” é resultante da pesquisa de revisão bibliográfica de minha integral autoria e realização, pelo qual assumo inteira e total responsabilidade, sujeitando-me às penas da lei em caso de utilização de ideias ou palavras de autoria de outrem, sem a devida identificação ou autorização.

Salvador, 21 de fevereiro de 2019

LIZE BORGES GALVÃO

ANEXO B – EMENTA DA ADI N° 4277-DF E ADPF N° 132- RJ

Supremo Tribunal Federal
Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
Dje nº 198 Divulgação 13/10/2011 Publicação 14/10/2011
Ementário nº 2607-3

611

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

| | |
|-------------|---|
| RELATOR | : MIN. AYRES BRITTO |
| REQTE.(S) | : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA |
| INTDO.(A/S) | : PRESIDENTE DA REPÚBLICA |
| ADV.(A/S) | : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO |
| INTDO.(A/S) | : CONGRESSO NACIONAL |
| INTDO.(A/S) | : CONECTAS DIREITOS HUMANOS |
| INTDO.(A/S) | : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT |
| ADV.(A/S) | : MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S) |
| INTDO.(A/S) | : ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO |
| ADV.(A/S) | : FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S) |
| INTDO.(A/S) | : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBD FAM |
| ADV.(A/S) | : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA |
| INTDO.(A/S) | : ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS |
| ADV.(A/S) | : REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR |
| INTDO.(A/S) | : CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB |
| ADV.(A/S) | : JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S) |

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO

ADI 4.277 / DF

DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos

ADI 4.277 / DF

ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo

ADI 4.277 / DF

terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação

ADI 4.277 / DF

conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 05 de maio de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

**ANEXO C – RESOLUÇÃO N. 175.2013 DO CONSELHO NACIONAL DE
JUSTIÇA**



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo nº 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

Assinatura manuscrita em tinta preta, com um traço longo e curvo que se estende para baixo e para a esquerda.



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma grande letra inicial 'J' e uma assinatura fluida que termina em um traço decorativo.

Ministro Joaquim Barbosa
Presidente

ANEXO D – EMENTA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 898060

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SÃO PAULO
RELATOR : MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S) : A. N.
ADV.(A/S) : RODRIGO FERNANDES PEREIRA
RECDO.(A/S) : F. G.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDÍVIDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do

sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação

dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja

necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.

ANEXO E – EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 151

10/05/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S) : MARIA DE FATIMA VENTURA
ADV.(A/S) : MONIQUE DE LADEIRA E THOMAZINHO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : RUBENS COIMBRA PEREIRA E OUTRO(A/S)
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS
ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
ADV.(A/S) : DANILO PORFÍRIO DE CASTRO VIEIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S) : TECIO LINS E SILVA

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 151

RE 878694 / MG

deficiente, e da vedação do retrocesso.

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: *“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata de julgamento, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, em, apreciando o Tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, dar provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Acordam, vencido o Ministro Marco Aurélio, em fixar tese nos seguintes termos: *“É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”*. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior.

Brasília, 10 de maio de 2017.

2

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 151

RE 878694 / MG

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

3

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13028774.