

 **CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ - CESUMAR**

GLAUCIO HASHIMOTO

*O RECONHECIMENTO DO ESTADO CIVIL DA UNIÃO ESTÁVEL EM
DECORRÊNCIA DO DIREITO DA PERSONALIDADE*

MARINGÁ – PARANÁ
2006

 **CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ - CESUMAR**

GLAUCIO HASHIMOTO

*O RECONHECIMENTO DO ESTADO CIVIL DA UNIÃO ESTÁVEL EM
DECORRÊNCIA DO DIREITO DA PERSONALIDADE*

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira.

MARINGÁ - PARANÁ

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Yoshio e Flora, que abriram mão da felicidade própria em nome da felicidade de seus filhos;

À Luci, esposa, e companheira há mais de 18 anos, e ao recém chegado Enzo, razões de minha existência e de minha dedicação.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira, exemplo de profissional, pessoa de grande conhecimento, companheirismo, humanidade e sensibilidade, e grande responsável por possibilitar, a mim e aos demais colegas de turma, chegar à conclusão de nossos trabalhos.

Ao Centro Universitário de Maringá, na pessoa de seu Reitor, Prof. Wilson de Matos Silva e do seu Pró-Reitor Acadêmico, Prof. Ms. Claudio Ferdinandi que, igualmente e conjuntamente com o Dr. José Sebastião de Oliveira não mediram esforços para o reconhecimento e aprovação deste Curso de Mestrado em Direito.

Aos professores doutores coordenadores e ministrantes das disciplinas deste Curso de Mestrado em Direito, pelo aprendizado, compreensão e pelo convívio harmonioso.

Aos meus colegas de turma, pela compreensão, pelas horas de aprendizado conjunto e pelo reconhecimento do esforço que o Centro Universitário de Maringá e seus coordenadores e professores empregaram para nos oportunizar este momento.

E finalmente, aos funcionários do Centro Universitário de Maringá pela contribuição e dedicação voltada à pós-graduação e em especial, por este Curso de Mestrado em Direito.

HASHIMOTO, Glaucio. **O reconhecimento do estado civil da união estável em decorrência do direito da personalidade**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Maringá, Maringá.

RESUMO

A relação entre homem e mulher, com objetivo de constituição de família, existia muito antes do seu reconhecimento pela Constituição Federal de 1988. No entanto, somente a partir da Lei 8.971/1994, com a regulamentação dos requisitos informadores da constituição da chamada união estável (com subseqüentes alterações pela Lei 9.278/1996 e pelo Novo Código Civil) é que, tornou-se indiscutível a sua proteção pelo Estado, uma vez conhecido quem seria protegido pela norma constitucional. A lei prevê apenas a existência dos estados civis de solteiro, casado, separado judicialmente, divorciado e viúvo, não se adequando à proteção conferida pela Constituição Federal, e deixando, até o presente momento, de reconhecer expressamente a existência do estado civil decorrente da união estável. Desenvolvida a partir da compilação doutrinária e jurisprudencial, o presente trabalho objetiva demonstrar que a união estável, constitucional e legalmente reconhecida como família, confere a seus partícipes o estado civil de conviventes (ou em união estável), como ocorre no casamento, mesmo não havendo disposição legal expressa “criando” referido estado civil. Trata-se o status de um direito da personalidade, ou dele decorrente, que merece reconhecimento, sem a necessidade de sua criação legal, pois já existente em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, que confere aos companheiros, a proteção necessária pela cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade encartada no art. 1º, incs. II e III da Constituição Federal.

HASHIMOTO, Glaucio. **El reconocimiento del estado civil de la unión estable en derivado del derecho de la personalidad**. 2006. Disertación (Maestría en Derecho) - Centro Universitário de Maringá, Maringá.

RESUMEN

La relación entre hombre y mujer, con el objeto de constituir familia, existía mucho antes de su reconocimiento por la Constitución Federal del 1988. Sin embargo, únicamente a partir de la Ley 8.971/1994, con la reglamentación de los requisitos informadores de la constitución de la señalada unión estable (con subsecuentes alteraciones por la Ley 9.278/1996 y por el Nuevo Código Civil), se ha tornado indiscutible su protección por el Estado, una vez reconocido quien sería protegido por la norma constitucional. La ley ha previsto solamente la existencia de los estados civiles de soltero, casado, separado judicialmente, divorciado y viudo, no adecuándose a la protección concedida por la Constitución Federal, y dejando, hasta el momento, de reconocer expresamente la existencia del estado civil derivado de la unión estable. Desarrollada a partir de la compilación doctrinaria y jurisprudencial, el presente trabajo objetiva demostrar que la unión estable, constitucional y legalmente reconocida como familia, fornece a sus partícipes el estado civil de convivientes (o en unión estable), como ocurre en el casamiento, mismo que no haya disposición legal expresa “creando” referido estado civil. Se trata el *status* de un derecho de la personalidad, o del derivado, que merece reconocimiento, sin la necesidad de su creación legal, pues ya existente como derivativa del principio de la dignidad de la persona humana, que concede a los compañeros, la protección necesaria por la *clausula general de la tutela de los derechos de la personalidad* introducida en el art. 1º, incs. II e III de la Constitución Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	
DO ESTADO DA PESSOA NATURAL (<i>STATUS</i>)	4
1.1 CONCEITO DE ESTADO DA PESSOA NATURAL	4
1.2 ESPÉCIES DE ESTADO (DO INDIVÍDUO) NO DIREITO ROMANO	5
1.2.1 O <i>status libertatis</i>	5
1.2.2 O <i>status civitatis</i>	7
1.2.3 O <i>status familiae</i>	9
1.3 O ESTADO DA PESSOA NATURAL (<i>STATUS</i>) NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.3.1 Natureza do estado da pessoa natural	13
1.3.2 Das espécies de estado da pessoa natural	14
1.3.3 Características do estado da pessoa natural	19
1.4 O ESTADO CIVIL	20
1.4.1 Breve histórico do estado civil através da evolução do Registro Civil no Brasil	20
1.4.2 O estado familiar, a entidade familiar e o estado civil: uma distinção necessária	24

CAPÍTULO 2	29
DA UNIÃO ESTÁVEL	
2.1 A FAMÍLIA E A ENTIDADE FAMILIAR: QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	29
2.2 TERMINOLOGIA: UNIÃO LIVRE, UNIÃO ESTÁVEL OU CONCUBINATO. CONCUBINOS, COMPANHEIROS OU CONVIVENTES	34
2.3 CONVIVÊNCIA DAS LEIS 8.971/1994, 9.278/1996 E 10.406/2002	39
2.4 ELEMENTOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL	44
2.4.1 Diversidade de sexos	47
2.4.2 Da qualificação civil das pessoas	56
2.4.3 Convivência duradoura	63
2.4.4 Publicidade	67
2.4.5 Fidelidade	68
2.4.6 <i>Affectio Maritalis</i>	70
2.4.7 Prole	72
2.5 Da situação da união estável no país	75

CAPÍTULO 3

DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O ESTADO CIVIL PROVENIENTE DA UNIÃO ESTÁVEL 84

3.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS DA PERSONALIDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA 84

3.2 A PERSONALIDADE HUMANA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE 88

3.3 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE 92

3.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE 96

3.4.1 Da crítica à classificação tipificada e fracionada. Princípio da dignidade da pessoa humana e a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade 100

3.4.2 Do direito à identidade 106

3.5 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE 110

3.6 O ESTADO CIVIL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO DIREITO DA PERSONALIDADE 113

CONCLUSÃO 125

BIBLIOGRAFIA 132

ANEXO 1 – Projetos de Lei

ANEXO 2 – Tabelas IBGE

INTRODUÇÃO

Na Constituição Federal de 1988 os direitos da personalidade encontraram o seu alicerce, a sua base, a sua tutela, para resguardar direitos que, por vezes, não encontram a proteção infraconstitucional desejada.

Mesmo com a mudança de paradigma do direito civil para o direito constitucional, nota-se que, por vezes, o formalismo jurídico não cede espaço às tutelas que levam em conta a repersonalização das relações familiares. Neste ponto, encontram-se em confronto os conceitos de estado (da pessoa), da união estável e dos direitos da personalidade: o do estado enquanto não se define se constitui um direito, uma qualidade ou simplesmente uma situação jurídica; da união estável enquanto não se resguarda integralmente a sua posição de família; e dos direitos da personalidade, enquanto se fixarem regras que apenas tipifiquem e resguardem os direitos expressamente contemplados na legislação.

Numa leitura mais abrangente, o *status* identifica várias situações em que a pessoa pode estar inserida e reflete a sua posição em relação a terceiros. Indaga-se, portanto: seria o *estado da pessoa* um direito? Caso se admitisse tal concepção, a tutela seria restritiva? O estado pertenceria ao rol de qualidades inerentes à pessoa, ou simplesmente demonstra uma situação de alguém em determinado momento de sua vida?

Procuraram-se respostas nas opiniões dos doutrinadores que se debruçam no estudo das várias acepções em que o *status* pode ser entendido.

O conceito de *status* foi criado pelo direito romano, como forma de identificar aqueles que teriam certas capacidades para o exercício e gozo dos atos civis. Trazido esse conceito até os nossos dias, a noção de *status* ganhou maior amplitude; porém, como *status* propriamente dito, adotou-se modernamente uma concepção em que a doutrina somente reconhece a existência de três tipos: o estado político, o individual e o familiar.

O primeiro capítulo do presente trabalho pretende demonstrar o que esses estados representam para o Direito. Em seguida, posiciona-se o *estado* perante a atual doutrina e legislação, destacando-se sua natureza, as espécies admitidas no

direito brasileiro e suas características. Ainda se procurará identificar de que forma esses *estados* se desdobram para chegar ao conceito de estado civil.

Antes da atual Constituição Federal, o direito de família encontrava seu *porto seguro* no casamento e nas relações dele decorrentes. Após a promulgação da nova Lei Magna a união estável passou a ser reconhecida como espécie de família.

Assim, no segundo capítulo, procurar-se-á verificar se a união estável pode constituir um estado familiar. Para tanto, primeiramente reputa-se importante fixar os elementos que caracterizam a união estável, para então identificar as situações em que os companheiros podem ser reconhecidos nessa condição.

Estudados tais elementos, questionar-se-á se existiria um estado civil decorrente da união estável e qual a sua relação com os direitos da personalidade. O terceiro capítulo, portanto, procura desvendar a relação existente entre os três institutos: estado civil, união estável e direitos da personalidade.

Como primeiro passo, reputa-se importante distinguir a personalidade jurídica da personalidade humana. Quando a doutrina e a jurisprudência tratam dos direitos da personalidade, que personalidade está se tutelando: personalidade jurídica ou a personalidade humana?

Desta forma, importante é fixar a qual “personalidade” os direitos da personalidade pretendem conceder tutela, de modo a identificar posteriormente qual a natureza jurídica dos direitos da personalidade. Aprofundando o estudo sobre os direitos da personalidade, observa-se que a doutrina, para classificar os direitos da personalidade, geralmente tipifica tais direitos. Alguns os dividem em grupos que levam em consideração uma característica específica, surgindo daí outra indagação: seriam os direitos da personalidade apenas os tipificados e fracionados, uma vez que a doutrina apenas faz menção aos direitos expressamente tutelados pela lei e sobre eles discorre?

Na esteira da concepção européia moderna, verificar-se-á uma nova interpretação da tutela dos direitos da personalidade, a qual também se reputa pertinente e perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, em face da mudança de paradigma que tornou a orientação constitucional o centro das valorações fundamentais da pessoa.

Dentro desse contexto, merecerá destaque, inicialmente, o desenvolvimento da noção de personalidade, porquanto reina confusão entre a noção de personalidade psíquico-biológica e a de personalidade objeto dos direitos da personalidade, que se pretende separar em conceitos e objetos distintos. Em seguida entende-se imprescindível destacar a natureza jurídica dos direitos da personalidade, para então seguir com o estudo de sua classificação na doutrina estrangeira e na nacional. Nessa classificação constatar-se-á que o inciso II e, principalmente, o inciso III o art. 1º da Constituição Federal encerram a existência de uma *cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade* e se analisará como a referida *cláusula* pode ser aplicada ao *estado civil* como proteção aos direitos da personalidade.

Caracterizado o elo de ligação entre o estado, a união estável e os direitos da personalidade, o presente trabalho encerra-se com a exposição do próprio título: há possibilidade de reconhecimento do *estado civil* decorrente da união estável por força e aplicação dos direitos da personalidade?

Destarte, importância do tema reside justamente em desvendar se possível é, por esses três objetos da ciência do Direito (estado, união estável e direitos da personalidade), reconhecer um novo valor jurídico: o estado civil da união estável decorrente do direito da personalidade.

CAPÍTULO 1

DO ESTADO DA PESSOA NATURAL (*STATUS*)

1.1 CONCEITO DE ESTADO DA PESSOA NATURAL

Expressão oriunda do Direito Romano, o estado do indivíduo(*status*) indicava a posse de certas prerrogativas para determinados atos da vida civil. Não havia uma noção clara e distinta entre a capacidade de direito e a de seu exercício. O direito conferia às pessoas direitos em conformidade com sua classe social, sua ascendência, sua nacionalidade. Assim, o *ius connubii* capacitava o indivíduo a contrair matrimônio; o *ius commercii*, para o desenvolvimento de atividades comerciais ou relacionadas à aquisição ou troca de patrimônio¹; o *ius testamenti factio* capacitava alguém a testar, o *ius honorum* credenciava para a magistratura, entre outros, casos².

Para o exercício desses poderes era necessário, no direito romano, que o ser humano tivesse certas qualificações, as quais se comparariam com a personalidade jurídica. Essas qualificações, entre os romanos, estavam compreendidas em três *status*: o *status libertatis*, ligado à condição de ser livre; o *status civitatis* ligado à condição de cidadão romano; e o *status familiae*, ligado à condição familiar. Todas essas capacidades poderiam ser modificadas ou perdidas, portanto eram mutáveis ao longo da vida de um romano.³ A perda de um desses estados denominava-se de *capitis deminutio*, que excluía ou restringia a capacidade de direito. À perda da liberdade chamava-se de *capitis deminutio maxima*; à perda da cidadania, *capitis deminutio media*; e à perda do *status familiae*, de *capitis deminutio minima*.⁴

Tais concepções foram trazidas até os dias atuais, embora de maneira modificada; porém a noção de “estado” permaneceu como algo ligado ao conceito de personalidade e capacidade, que constituem um conjunto de caracteres que são

¹ Lembrando que certas pessoas e as coisas poderiam ser objeto de comércio.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 139.

³ ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 142; CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 48 e ss; MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. v. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 117 e ss.

peculiares aos indivíduos e lhes permitem o gozo de direitos subjetivos. Tem relação com a personalidade, porque com ela se integra para formar a individualização e a caracterizar o indivíduo como ser único. O estado se concretiza na capacidade, pois por meio dessa individualização se determina quais os atos que pode a pessoa exercer na vida civil.

1.2 ESPÉCIES DE ESTADO (DO INDIVÍDUO) NO DIREITO ROMANO

1.2.1 O *status libertatis*

O *status libertatis* conferia ao romano a condição de livre. Havia possibilidade de um indivíduo nascer sem o *status libertatis* (quando nascesse escravo) ou de perdê-lo no decorrer de sua existência (quando se tornava escravo).

Segundo Moreira Alves⁵, as causas da escravidão podiam advir *do ius gentium* ou *do ius civile*. Pelo *ius gentium*, a escravidão poderia se caracterizar pela *captura pelo inimigo* e pelo *nascimento*.

Já se encontrava na condição de escravo desde o nascimento quem nascia filho de escrava, mesmo sendo livre o pai. No direito romano clássico, se a mãe havia concebido o filho enquanto era livre e antes do parto se tivesse rebaixado à condição de escrava, legava ao filho essa mesma condição. No direito pós-clássico, levava-se em conta a situação da mãe no momento da concepção, de modo que se o filho tivesse sido concebido enquanto livre a mãe, mesmo que esta viesse a se tornar escrava antes da realização do parto, seu filho seria livre⁶. Não se pode negar que, embora os romanos não considerassem o nascituro como pessoa, protegiam seus interesses desde a concepção, o que levou o Direito a desenvolver, a partir daí, a teoria da concepção em contraposição à teoria natalista, adotada pelo direito brasileiro⁷, conforme o art. 4º do Código Civil de 1916⁸ e o art. 2º do Código Civil em

⁴ CHAMOUN, Ebert. *op. cit.* p. 48.

⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *op. cit.* p. 119.

⁶ Idem, *ibidem*.

⁷ CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000. p. 25.

⁸ Art. 4º A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

vigor⁹, que conferem personalidade civil ao nascido com vida, com a ressalva de que os direitos do nascituro são amparados por lei desde a concepção.

Poderia ainda o indivíduo perder o *status libertatis* pela captura pelo inimigo. Tal prática se realizava em toda a Roma Antiga e entre outros povos. As guerras e as conquistas de territórios faziam os conquistados perderem a sua liberdade, tornando-se não mais que escravos serviçais ou prisioneiros, ou seja, seres sem nenhuma liberdade, propriedades de um senhor, na condição de coisas.

Como causas do *ius civile* identificam-se as dos períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico. No período pré-clássico poderia tornar-se escravo: o que não prestasse serviço militar, se convocado; o devedor insolvente; o que não prestasse declarações ao censo; o desertor ou traidor; aquele que os romanos entregassem ao inimigo ou a uma nação estrangeira que ele tivesse ofendido; o ladrão preso em flagrante; o *filius familias* vendido pelos *pater familias*. Já no período clássico as regras anteriores não mais eram utilizadas, e outras foram estabelecidas, pelas quais se tornavam escravos: o condenado a trabalhos forçados nas minas ou à morte; a mulher livre que, notificada três vezes pelo dono do escravo a não mais manter relações sexuais com este, desobedecesse à ordem; o maior de vinte anos que se passasse por escravo e se deixasse vender para dividir o preço com o cúmplice que o alienara; e o liberto que se mostrasse ingrato para com aquele que fora seu dono. No período pós-clássico essas mesmas causas persistiram até serem, as duas primeiras, revogadas pelo imperador Justiniano.¹⁰

Não obstante, embora fossem tratados como patrimônio, segundo o *ius civile*, os escravos eram divididos em categorias, e, dependendo da faixa em que se enquadravam, gozavam de certos “direitos”.

⁹ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁰ Idem, p. 119-120.

As pessoas livres podiam ser de duas espécies: o *ingênuo*, ou seja, aquele que nunca havia sido escravo, e o *liberto*, aquele que havia sido escravo e deixara de sê-lo, ou que, nascido livre, viesse a tornar-se escravo e novamente liberto¹¹.

Tal forma de *estado de liberdade* não mais tem razão de ser nos dias atuais, sendo o direito à liberdade um direito da personalidade, que apenas pode ser cerceado em decorrência de lei e atendido o preceito da dignidade da pessoa humana.

1.2.2 O *status civitatis*

O *status civitatis* era o *estado* que conferia ao indivíduo a condição de cidadão romano, que identificava e ligava ao Estado Romano. Com a expansão romana, a cidadania não foi outorgada aos povos conquistados, havendo, ao lado dos *cives* (cidadãos), os *peregrini* (peregrinos = súditos livres), que eram os estrangeiros, sendo divididos em peregrinos originários e deditícios.¹² Numa posição intermediária situavam-se os *latini* (latinos), que não eram estrangeiros, mas sim, habitantes das cidades da região do *Latium* (Lácio) e das colônias latinas na Itália, sendo divididos em *veteres*, *colonarii* e *juniani*. Por fim, havia os *barbari* (bárbaros), que não eram súditos e não mantinham qualquer relação com Roma, sendo considerados inimigos¹³.

A cidadania romana poderia ser adquirida pelo *nascimento* ou por *atos posteriores ao nascimento*. Pelo nascimento, o critério adotado era o do *jus sanguinis*, adquirindo *cidadania romana* aqueles cujos ascendentes consangüíneos fossem cidadãos romanos, sem se levar em consideração o local de nascimento¹⁴. Os outros fatos que permitiriam a aquisição da cidadania romana ocorriam: por benefício da lei, pela naturalização, pela manumissão (concessão graciosa), pela

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 94.

¹² Segundo José Cretella Júnior, os peregrinos originários eram os habitantes das cidades que, cercados, tinham concluído tratados de paz com Roma e que tornavam-se povos aliados dos romanos e conservavam seus usos e costumes (gauleses e gregos); e os peregrinos deditícios eram os habitantes das cidades que resistiram até o fim aos romanos e que celebraram tratados de aliança com os vencedores. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 104).

¹³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *op. cit.* p. 126-127.

¹⁴ ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.* p. 152.

erroris causae probatio e pela prestação do serviço militar¹⁵. Como leis que outorgaram esse *benefício da lei* podem-se mencionar: a *Lex Julia*, de 90 a.C., que concedia a cidadania romana aos latinos; o edito de Caracala (ou Constituição Antoniniana), de 212 d.C., do imperador Marco Aurélio Antonino Bassanus, que concedia o *jus civitatis* (direito da cidade) a todos os habitantes do Império Romano, exceto aos peregrinos deditícios (o benefício se estendeu a estes somente com o imperador Justiniano, no século VI); e a *Servilia de repetundis*, que tornava cidadão romano o latino que denunciasse e visse condenado um magistrado romano por crime de concussão. A cidadania foi concedida por *naturalização* quando o direito romano possibilitou que latinos e peregrinos viessem a naturalizar-se, individual ou coletivamente. A *manumissão* era o ato de libertação do escravo pelo seu proprietário, passando ele a ser considerado *liberto* pelo seu *patrono*.¹⁶

Tal distinção no direito romano definia aqueles que poderiam usufruir das regras determinadas no *ius civile* (cidadão romano) e aqueles que estavam sob a égide do *ius gentium* (estrangeiros).¹⁷ Era possível a perda da cidadania romana, o que se designava de *capitis deminutio media* e ocorria: no caso de o cidadão ter sido feito escravo e ter recuperado sua condição quando se tornasse *liberto*; se o romano se naturalizasse cidadão de outro Estado; se fosse condenado à pena perpétua ou se tornasse membro de colônia latina¹⁸.

¹⁵ As três primeiras causas citadas por Luiz Antonio Rolim, José Carlos Moreira Alves e José Cretella Júnior; a quarta causa citada somente por José Carlos Moreira Alves, e a quinta causa mencionada somente por José Cretella Júnior (ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.* p. 152; MOREIRA ALVES, José Carlos. *op. cit.* p. 128; CRETELLA JÚNIOR, José. *op. cit.* p. 102).

¹⁶ Segundo José Carlos Moreira Alves, no período do direito pré-clássico existiam três modos de manumissão pelo *ius civile*: a *manumissio uindicta*, que era realizado por meio de simulação de processo judicial de reivindicação de liberdade onde o senhor o escravo e um terceiro compareciam perante o magistrado e o terceiro (*adsertor libertatis*) tocando no escravo com uma varinha (*uindicta*) afirmava que era homem livre sem contestação do senhor e, o magistrado confirmada a declaração libertando o escravo; a *manumissio censu*, que se realizava quando o senhor recebia a visita do censor e inscrevia o nome do escravo no rescenciamento por torná-lo *liberto*; e a *manumissio testamento*, que se realizava por disposição testamentária onde o senhor determinava que, com sua morte o escravo deveria ser *liberto*. No período do direito clássico, dos três modos acima, a *manumissio uindicta* e a *manumissio testamento* continuaram a ser utilizados e surgem outros modos admitidos pelo *ius honorarium* e, no principado, pelo *ius extraordinarium*. Pelo *ius honorarium* o escravo podia ser *liberto* sem as formalidades da manumissão do *ius civile*. Realizava-se *per epistolam* quando a manifestação de vontade se dava por uma carta assinada por cinco testemunhas declarando livre o escravo; *inter amicos* se manifestava oralmente onde o senhor, sem formalidades, libertava o escravo na presença de cinco amigos; e *ad mensam* realizado à mesa de refeições, onde após um banquete e cercado pelos convidados o senhor anunciava a libertação do escravo. No principado, introduzido pelo *ius extraordinarium*

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.* p. 144.

¹⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *op. cit.* p. 128-129.

O *status civitatis* em nossos dias possui conotação similar, uma vez que há nítida separação de direitos entre nacionais e estrangeiros, e que pode influir, v. g., na aquisição de patrimônio, na realização de casamento e na aquisição da capacidade eleitoral ativa e passiva - de votar e ser votado.

O estado político pode ser modificado, com a perda temporária da elegibilidade, no caso, por exemplo, de suspensão dos direitos políticos, que não implica na extinção da condição de nacional.

Destarte, a concepção do *status civitatis* ainda perdura, com aplicação vigente e imediata às situações que restringem ou ampliam direitos conforme a nacionalidade que possua o indivíduo.

1.2.3 O *status familiae*

O termo *família*¹⁹, na acepção de conjunto de pessoas unidas pelo vínculo de parentesco, era considerado em dois sentidos: a) a *família communi iure*, que era o sentido amplo de família e significava o conjunto de pessoas que descendiam de um mesmo parente comum e encontravam-se sob seu poder (*potestas*) e; b) a *família proprio iure*, que dava sentido restrito à família, e traduzia o conjunto de pessoas que se encontravam sob o poder de um *pater familias* (homem a quem era confiada a *domus* ou o grupo doméstico e que tinha tríplice função: econômica, religiosa e jurídico-política, sendo o *pater* ao mesmo tempo, sacerdote, dirigente e magistrado)²⁰.

O *status familiae* dizia respeito apenas à *família proprio iure*, e no direito romano identificava o estado familiar que determinava o alcance da capacidade de atuar no direito privado. O *status familiae* era caracterizado pela existência de duas categorias de pessoas: o *pater familiae*, que era pessoa *sui iuris* (não estava subordinado a nenhum ascendente masculino vivo, portanto era livre para prática de qualquer ato da vida civil), e constituía-se como o chefe ao qual todos os

¹⁹ Segundo José Carlos Moreira Alves e Ebert Chamoun (MOREIRA ALVES, José Carlos. *op. cit.* p. 130; CHAMOUN, Ebert. *op. cit.* p. 64).

descendentes, chamados de *filli familias* ou pessoas *alieni iuris*, estavam subordinados, necessitando do consentimento do *pater familias* para a prática de atos na sociedade romana. Aos poucos, do direito clássico em diante, foi se elastecendo a capacidade jurídica dos *alieni iuris*, aproximando-se muito dos *sui iuris* no período de Justiniano²¹.

As pessoas que constituíam a *familia proprio iure* tinham entre si um vínculo de parentesco, que no direito romano era dividido em duas espécies: o parentesco por agnação (*agnatio*) e o parentesco por cognação (*cognatio*). O parentesco agnático se transmitia apenas pelos homens e não se fundava em laços de sangue, mas sim, na sujeição à *potestas* do *pater familias*, incluindo indivíduos que não descendiam diretamente do *pater familias*. O parentesco cognático era o natural, consangüíneo, transmitido pelo homem e pela mulher. Do parentesco distinguia-se a *afinidade*, que era o vínculo decorrente do casamento existente entre um dos cônjuges e os parentes cognatos do outro. Durante a Realeza e a República, para efeitos civis, era considerado somente o parentesco por agnação. Sob o império de Justiniano inverteu-se a consideração do parentesco e passaram a ser considerados parentes para fins sucessórios somente os cognatos.

As mulheres, como tinham direitos restritos, eram consideradas *alieni iuris* e pertenciam à família do marido, ou à do pai até o casamento. A viúva tornava-se *sui iuris*²² se não estivesse sob a *potestas* de indivíduo do sexo masculino, muito embora não pudesse ser *pater familias*²³.

Destarte, o *status familiae* definia a situação do indivíduo no seio familiar, tendo o *pater familiae* direito sobre os seus descendentes, inclusive de vida e de morte, podendo ainda passar a guarda a terceiro ou vender um de seus filhos ou filhas.

²⁰ Segundo Luiz Antonio Rolim e José Cretella Júnior, a *familia* significava o conjunto de pessoas colocadas sob o poder de um chefe (*pater familias*), e também significava o patrimônio do *pater familias* (ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.* p. 154; CRETELLA JÚNIOR, José. *op. cit.* p. 106.

²¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *op. cit.* p. 131.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.* p. 145.

²³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *op. cit.* p. 131.

1.3 O ESTADO DA PESSOA NATURAL (*STATUS*) NO DIREITO BRASILEIRO

Uma concepção extensiva de *status* é aquela que o considera uma qualidade da pessoa, independentemente da relação com a sociedade, o que conduz a uma série indefinida de *status*, considerando-se a qualidade de herdeiro, de tutor, de católico, de empresário, de comerciante, de estudante, de trabalhador urbano ou rural, de aposentado, de consumidor, de ser pobre, de ser livre, de ser alto, de ser de pele desta ou daquela cor etc. O conceito de *status* perde, assim, sua determinação e utilidade prática, pois traduz uma infinidade de situações que a pessoa adquire ao longo do tempo²⁴ e as suas qualidades dessa pessoa em determinado momento da vida. Portanto o *status*, para ter significado como categoria concreta e como instrumento revelador de uma qualidade da pessoa, deve fundar-se em conteúdos que possuam função e relevância jurídicas.

Na doutrina brasileira, vários são os autores que tratam do *status* da pessoa. Silvio de Salvo Venosa²⁵ conceitua o *estado da pessoa* como “o conjunto de atributos que ela detém e desempenha dentro da sociedade”. Clóvis Beviláqua²⁶ leciona que “o estado das pessoas é o seu modo particular de existir”. Orlando Gomes afirma que o “estado é uma qualificação que encerra elementos de individualização da personalidade”. Caio Mario da Silva Pereira²⁷ entende que o estado das pessoas possui noção próxima à da personalidade e da capacidade e se define como *complexo de qualidades que lhe são peculiares*. Afirma o autor que estado se relaciona com a personalidade, porque é uma forma de sua integração, e articula-se com a capacidade, porque influi sobre ela.

Conforme observado, no direito romano os *status* eram de três espécies: o *status libertatis*, o *status civitatis*, e o *status familiae*. No direito moderno o *status* cumpre papel semelhante, ou seja, confere ao indivíduo certas qualidades que o identificam como *ser*, como *pessoa*, porém estão voltadas a outras situações,

²⁴ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional* (tradução de Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 133-134.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p. 196.

²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 179.

conceitos e valores, que foram se modificando ao longo do tempo até chegar à noção atual de *estado*. O estado da pessoa compreende três formas: o *estado político*, pelo qual a pessoa se identifica como nacional ou estrangeira; o *estado civil*, pelo qual se identifica a situação de solteiro, casado, viúvo, separado judicialmente, divorciado ou em união estável; e o *estado individual*, que se refere à idade de cada um (se apto, em determinado tempo, a contrair certos direitos e obrigações), às condições de incapacidade total ou limitada, por doença, de emancipado, ausente, tutelado ou curatelado.

Ensina Caio Mario da Silva Pereira que o estado da pessoa é *a sua qualificação na sociedade, hábil a produzir efeitos de direito*²⁸ que identificam a sua capacidade e tornam clara e precisa a aplicação de regras que levam em conta qualquer dos aspectos característicos da pessoa.

O *status*, na concepção mais moderna, constitui uma realidade que revela e identifica uma pessoa perante a sociedade, a família, terceiros e o próprio Estado. A qualidade jurídica que se impõe, ao se determinar o *status* de um indivíduo, confere ao seu titular o direito de oposição *erga omnes*²⁹ contra qualquer tentativa de sua violação. O *estado da pessoa* é a situação cujo reconhecimento lhe confere direitos e obrigações; ou segundo Maria Helena Diniz,³⁰ *é a soma de suas qualificações, permitindo sua apresentação na sociedade numa determinada situação jurídica, para que possa usufruir dos benefícios e vantagens dela decorrentes, e sofrer os ônus e obrigações que dela emanam*.

1.3.1 Natureza do estado da pessoa natural

Considerado atributo ou qualidade da personalidade³¹, o *status* evidencia o *ser* (e não o *ter*), sendo que o seu reconhecimento tutela aquilo que lhe é peculiar.

²⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva (atualizado por Tânia da Silva Pereira). **Instituições de direito civil**: direito de família. v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 265.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução do direito civil: teoria geral de direito civil. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 266.

²⁹ Nos dizeres de Francisco Amaral: “*o estado é, assim, uma situação subjetiva absoluta (válida erga omnes)*”. AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 233-234.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 195.

³¹ AMARAL, Francisco. *op. cit.* p. 234.

Caracterizando a pessoa como indivíduo dotado de certos atributos, o *estado* expressa uma condição peculiar que repercute nas demais pessoas. Destarte, o *status* representa a qualidade ou o conjunto de qualidades que uma pessoa possui em determinado momento, e também constitui uma situação ou posição jurídica na qual o indivíduo se insere.

Francisco Amaral,³² tratando da natureza do estado, define que o estado se *constitui de atributos da personalidade, como a capacidade, o nome, o domicílio. Mas é também objeto de um direito subjetivo, o direito ao estado, que protege o interesse da pessoa no reconhecimento e no gozo desse estado*. Dele se origina a possibilidade de contrair direitos e cumprir obrigações, tendo ele função determinante para o reconhecimento da capacidade de conferir legitimidade à realização de determinados atos jurídicos ou de constituir relações jurídicas.

O estado constitui-se como o fundamento de própria personalidade, na medida em que, embora possa ser modificado ou alterado, não pode ser suprimido, pelo que, em algum determinado *status* a pessoa necessita encontrar-se em determinado momento de sua vida.

A pessoa, necessariamente, é solteira, ou casada, ou viúva, ou separada judicialmente, ou divorciada ou em união estável. Não há como fugir conjuntamente a todas essas situações, devendo todo indivíduo enquadrar-se em alguma delas.. De igual forma, a pessoa é nacional ou estrangeira, embora o direito brasileiro entenda possível a aquisição de outra nacionalidade sem que haja perda da brasileira³³.

Não se pode negar que o *status* constitui-se na própria expressão do indivíduo, confundindo-se com a sua própria essência. Ele é reconhecido pelo que é, independentemente do *ter*.

³² Idem, ibidem.

³³ vide art. 12, §4º da Constituição Federal.

1.3.2 Das espécies de estado da pessoa natural

Logicamente, não há que se analisar o *status libertatis*, uma vez que, desde a Lei Áurea³⁴, aboliu-se formalmente a escravatura em nosso território, fazendo com que, ao menos legalmente, todos pudessem ser considerados livres.

A Constituição Federal, de alguma forma, tenta resgatar a liberdade com igualdade, e procura valorizar, quando preciso, a igualdade material ante a igualdade formal, preconizando a diminuição das desigualdades sociais que decorrem, até hoje, da escravidão praticada até o século XIX. A Carta Magna exalta a igualdade e a liberdade nas suas mais diversas formas, por meio de vários dispositivos, dentre eles, o art. 1º, inc. III; art. 3º, incs. I a IV; art. 4º, incs. II, XVIII e IX; art. 5º, *caput*, e incs. VI, XVII e LIV; art. 7º, inc. XXX; art. 227, *caput*³⁵; entre

³⁴ Lei nº 3.353, de 13 de Maio de 1888, que declarou extinta a escravidão no Brasil.

A Princesa Imperial Regente(Princisa Isabel), em nome de Sua Majestade, o Imperador, o senhor D. Pedro II fez saber a todos os súditos do Império que a Assembléia Geral decretou e ela sancionou a Lei seguinte:

Art. 1º - É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.

Art. 2º - Revogam-se as disposições em contrário.

³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

outros. Portanto, sendo a liberdade um direito da personalidade, nas suas diversas concepções, o estado admissível no direito brasileiro é o da plena liberdade³⁶.

O estado de liberdade não é considerado um estado propriamente dito. A liberdade é um direito fundamental que confere ao sujeito a prerrogativa de realizar os atos de sua vontade, dentro da esfera jurídica determinada pelo legislador, e não expressa o ser, mas uma de suas prerrogativas.

Outras locuções - como estado de herdeiro, estado de sócio, estado de magistrado, estado de patrão ou empregado, de consumidor, de comerciante, etc. - são empregadas impropriamente, pois expressam a titulação de uma situação jurídica concreta e, apesar de ligadas a direitos e obrigações, devem ser consideradas alheias à noção de estado.

A posição adotada pela doutrina restringe o *status* a três formas: o estado político, o estado familiar e o estado individual.

O estado político expressa a posição que o indivíduo possui em relação a determinado país, podendo a pessoa ser nacional (nato ou naturalizado) ou estrangeira. Desse estado decorre o direito subjetivo de exercer os direitos na ordem política, civil e comercial, havendo também uma sensível restrição de direitos aos estrangeiros.

A nacionalidade consiste no vínculo territorial que a pessoa possui e que rege seu estatuto pessoal (capacidade, estado civil, direito de família, direito de sucessão, propriedade, direitos políticos). Ela é definida no nascimento por critério do *jus soli* (local de nascimento) e do *jus sanguinis* (descendência consangüínea). O Brasil procurou adotar ambos os critérios para definição dos brasileiros natos, aplicando um ou outro regramento, conforme determinada situação³⁷. A aquisição da

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

³⁶ Logicamente, o estado de liberdade não é absoluto, sendo que, o Direito Penal restringe a liberdade, em favor de outros direitos e valores: direito à vida, à segurança pública, à intimidade, ao próprio corpo, de modo a punir e tentar resgatar o transgressor de determinadas normas de conduta.

³⁷ vide art. 12 da Constituição Federal.

nacionalidade após o nascimento se faz pela naturalização, mediante a qual se adquire a condição de brasileiro naturalizado.

Existe um grande número de regras que impedem a atuação de estrangeiros no Brasil ou a aquisição de certos direitos, demonstrando que a distinção entre brasileiros e estrangeiros identifica a sua posição ativa ou passiva na esfera das relações jurídicas perante terceiros e perante o Estado brasileiro.

Já a cidadania se adquire com a obtenção do título de eleitor, mediante o alistamento eleitoral, obrigatório para os brasileiros de ambos os sexos maiores de 18(dezoito) anos de idade e facultativo para os analfabetos, para os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos e para os maiores de 70 (setenta) anos. Os estrangeiros são considerados inalistáveis e inelegíveis³⁸.

Como assevera José Afonso da Silva, *pode-se dizer, então, que a cidadania se adquire com a obtenção da qualidade de eleitor, que documentalmente se manifesta na posse do título de eleitor. O eleitor é cidadão, é titular da cidadania, embora nem sempre possa exercer todos os direitos políticos. É que o gozo integral destes dependem do preenchimento de condições que só gradativamente se incorporam no cidadão*³⁹, como no caso da idade e dos direitos políticos negativos⁴⁰. Portanto, a determinação da nacionalidade constitui pressuposto para a cidadania, ambas definidas pelo *status* político.

O estado individual, chamado de físico, leva em consideração aspectos considerados importantes para o Direito, os quais se revelam sob três vertentes: a idade, o sexo e a saúde.

O fator idade, como elemento identificador da pessoa, serve de parâmetro para demonstrar a existência da capacidade cognitiva em decodificar as diversas situações que a vida impõe. A lei entende que depois de determinado tempo a

³⁸ *vide* art. 14 da Constituição Federal.

³⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 347.

⁴⁰ Sobre a temática, *vide* também: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006; CHIMENT, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006 e; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

pessoa está apta a gerir, com independência, todos os atos da vida civil. O estado individual decorrente da idade permite verificar a aquisição da maioridade ou menoridade. Sob outro aspecto, a idade constitui-se num marco divisor para a aquisição de outros direitos subjetivos, como a capacidade eleitoral ativa, que pode ser adquirida, facultativamente, pelos maiores de 16 (dezesseis) anos,⁴¹ e a passiva, para candidatura a cargos eletivos, para maiores de 18 (dezoito) anos⁴², além do direito a alimentos⁴³ e à aposentadoria⁴⁴, entre outros.

Tal *status* decorrente da idade pode ser modificado também por ato de emancipação, antecipando a aquisição de direitos subjetivos.

O *status* individual por motivo de sexo define as pessoas como do sexo masculino ou feminino. Atualmente, o Direito tem discutido o direito à identidade sexual como fator não somente de compleição física, mas também psíquica, de modo que as pessoas, em face da pré-disposição a assumir outra identidade sexual, submetem-se inclusive a cirurgias para mudança de sexo, com a aplicação de hormônios para que, em todo os aspectos, consigam chegar o mais próximo possível da perfeição física do sexo oposto ao naturalmente concebido.

O *status* individual decorrente da saúde afeta diretamente a capacidade do indivíduo, sendo definido por intercorrência de fatores biológicos e mentais.

O estado familiar define a condição do indivíduo perante os familiares, terceiros e o Estado. Diferentemente do *status familiae* do direito romano, que identificava o chefe da família (*pater familiae*), ao qual todos os descendentes se encontravam subordinados (*filli familias*), o estado familiar atual identifica a posição da pessoa dentro de um núcleo familiar menos numeroso, nas suas relações de afeto (vínculo conjugal), de parentesco e de afinidade, definindo as obrigações e direitos advindos da posição que aquela assume no núcleo familiar. Em relação ao vínculo conjugal, as pessoas assumem um dos seguintes estados: solteiro⁴⁵,

⁴¹ Art. 14, §1º, II, “a” da Constituição Federal.

⁴² Art. 14, §3º, VI, “d” da Constituição Federal.

⁴³ Art. 22 da Lei 8.069/1990 – ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

⁴⁴ Art. 201, §7º, II, da Constituição Federal.

⁴⁵ Eduardo dos Santos ensina que: *os elementos do estado de família são aqueles vínculos que integram a relação jurídica familiar. Ou, ainda, a ausência de um certo e determinado vínculo familiar. São o vínculo conjugal, o vínculo de parentesco, o de afinidade e o de adoção. O estado de solteiro traduz, precisamente, a*

casado, separado judicialmente, divorciado, viúvo ou conviventes (em união estável). Pelo parentesco o indivíduo é identificado em relação aos ascendentes e descendentes na linha reta e em relação aos colaterais ou transversais (irmãos, tios, primos, sobrinhos, etc). Pela afinidade, alguém que seja solteiro, separado judicialmente ou divorciado não terá afins, exceto se estiver em união estável, haja vista que, para identificação da afinidade, é necessário que a pessoa esteja casada ou em união estável. Curiosa situação ocorre quando a pessoa é casada mas vive separada de fato de seu cônjuge e em união estável com outra pessoa. Neste caso, haverá a afinidade decorrente do casamento e da união estável. Encontram-se na posição de afins sogro, sogra, enteado e enteada na linha reta (que sempre se mantém, mesmo que desfeito o vínculo conjugal) e cunhado e cunhada na linha colateral.

Para definir direitos, o estado familiar reflete tanto os laços entre os componentes da família (ou a falta ou o rompimento deles) como os de parentesco e afinidade. Assim, em se considerando a família constituída pelo casamento ou pela união estável, destes estados surgem os deveres a eles inerentes, com consequência para a prole e direitos na ordem patrimonial e sucessória. De igual forma, a condição de irmão - germano ou não - serve para identificar a linha de sucessão.

Não obstante, numa interpretação abrangente do conceito de estado familiar, entende-se que o estado familiar, além de identificar a posição em que se encontra o indivíduo no seio familiar por vínculo de afeto, afinidade ou parentesco, reflete e estende tal posição a terceiros e ao próprio Estado. Em relação a terceiros, definindo-se a sua condição familiar, pode-se verificar, por exemplo, a necessidade da anuência ou não do cônjuge para o desfazimento de patrimônio ou para o contrato de fiança e aval.

O Estado, ciente da condição familiar, pode autorizar a modificação de um estado, passando-se de solteiro para casado, de casado para separado

judicialmente ou divorciado, ou reconhecendo-se a existência ou não da união estável.

A inexistência de previsão legal expressa para o registro do estado civil decorrente do estado familiar de união estável não lhe nega a existência, a necessidade e a possibilidade de seu registro, inclusive para que se evite lesão contra terceiros e para, definitivamente, assegurar aos partícipes dessa relação os direitos a eles conferidos desde o advento da Lei 8.971/1994, por previsão da Constituição Federal de 1988.

1.3.3 Características do estado da pessoa natural

Pela composição pessoal atributiva e qualitativa que emerge da condição pessoal de cada indivíduo, o estado tem como características ser: absoluto, indivisível, indisponível, irrenunciável, imprescritível e extrapatrimonial.

O estado é absoluto porque todos devem respeitá-lo e evitar refutá-lo ou modificá-lo ilegalmente. É dirigido a todas as pessoas e ao Estado, oponível, portanto, *erga omnes*.

O estado é indivisível porque se apresenta unitariamente, de modo a qualificar o indivíduo na sociedade através de todos os seus atributos. Por conta da exigência jurídica da certeza da qualificação, não se admite a titulação de condições incompatíveis, como a de casado e solteiro ou a de filho de dois pais ou mães.

O estado da pessoa compreende o estado familiar, o político, e o individual, separação que serve apenas para fins didáticos e para o entendimento isolado de cada espécie de estado, pois a sua concepção somente se completa quando analisado como um todo harmônico e indivisível.

O estado é indisponível em vista de expressar o próprio ser. Nesta característica englobam-se também a inalienabilidade e a irrenunciabilidade. Não se pode ceder, vender, emprestar, renunciar ou doar seu estado. É uma condição inerente à pessoa, sem a qual esta não disporá de qualificação para as relações jurídicas. A indisponibilidade não significa impossibilidade de modificação, uma vez que advém tanto de um fato jurídico (nascimento, morte, idade, filiação,

enfermidade) como de um ato jurídico (matrimônio, união estável, naturalização, decisão judicial) que depende da confirmação de uma vontade.

O estado é extrapatrimonial por não ser redutível a uma valoração pecuniária. O estado configura o *ser*, e não o *ter*.

1.4 O ESTADO CIVIL DA PESSOA NATURAL

1.4.1 Breve histórico do estado civil da pessoa natural através da evolução do Registro Civil no Brasil

Consta que em 9 de agosto de 1814 foi expedido o primeiro alvará pelo Príncipe Regente, que determinava à Junta de Saúde Pública a formação dos mapas necrológicos dos óbitos acontecidos durante o mês na cidade, com o objetivo de se ter uma estatística do número de mortes e, principalmente, das causas das enfermidades mais freqüentes entre os moradores da capital do país, instalada no Rio de Janeiro desde 1763⁴⁶.

O registro civil das pessoas naturais teve início no Brasil com a Lei nº 586 de 06 de setembro de 1850. O primeiro regulamento de registro civil foi criado através do Decreto nº 798 de 18 de janeiro de 1852, que declarava não ser afetado, tanto o registro religioso regulado pelo Concílio Tridentino de 1563.

O registro dos atos referentes ao casamento leigo para os não-católicos foi instituído pela Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, e pelo Regulamento 3.069, de 17 de abril de 1863. A Lei 1.829, de 9 de setembro de 1870, determinou a organização do registro civil, que veio a ser regulamentado pelo Decreto no. 9.886 de 07 de março de 1888, com início do serviço marcado para o dia 1º de janeiro de 1889, através do Decreto nº 10.044, de 22 de setembro de 1888, estabelecendo-se que o novo registro fizesse prova do nascimento, ou da idade, com nome e filiação

⁴⁶ ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Cronologia do registro civil no Brasil.** [199-]. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?pagina_id=178>. Acesso em: 22 out. 2006.

das pessoas naturais, bem como dos casamentos e óbitos, ainda que celebrados aqueles perante autoridades religiosas⁴⁷⁻⁴⁸.

Em 07 de junho de 1989 o Visconde de Ouro Preto apresentou o projeto de *casamento civil*, e com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, a religião católica deixou de ser de ser a religião oficial do Brasil, passando o país a constituir-se como uma nação laica. O projeto apresentado foi promulgado em 24 de janeiro de 1890, recebendo o diploma a nominação de Decreto nº 181. O casamento civil ficou estabelecido como o único reconhecido oficialmente. Mantendo o parâmetro do Decreto nº 181, a primeira Constituição Republicana, em seu art. 72, § 4º, proclamou: *A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita*.⁴⁹

Com o advento do Código Civil Brasileiro de 1º de janeiro de 1916, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917, houve a edição da Lei nº 4.827, de 07 de fevereiro de 1924, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 18.542, de 24 de dezembro de 1928, para a execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo referido Código⁵⁰. Esse decreto foi substituído pelo Decreto nº 4.857, de 09 de novembro de 1939 e posteriormente alterado pelos Decretos 5.318 de 29 de fevereiro de 1940, e 13.556, de 30 de setembro de 1943⁵¹.

Apenas em 31 de dezembro de 1973 entrou em vigor a Lei Federal 6.015/1973, posteriormente alterada pelas leis 6.140, de 28 de novembro de 1974, e 6.216, de 30 de junho de 1975. Até então, os estados civis reconhecidos eram o de solteiro, o de casado e o de viúvo.

Significativa modificação ocorreu nos registros públicos com a Emenda Constitucional nº 09, de 28 de junho de 1977, que introduziu o divórcio no direito

⁴⁷ CARTÓRIO CHACON (Bertioga – SP). **Breve história dos registros**. [199-]. Disponível em: <<http://www.cartoriochacon.com.br/>>. Acesso em: 22 out. 2006.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *op. cit.* v. 5. p. 236.

⁴⁹ *idem, ibidem*.

⁵⁰ O Código Civil de 1916, antes da alteração pela Lei 6515/1977, determinava em seu art. 12, o seguinte:
Art. 12. Serão inscritos em registro público:

I - Os nascimentos, casamentos e óbitos.

II - A emancipação por outorga do pai ou mãe, ou por sentença do juiz (art. 9º, parágrafo único, nº I).

III - A interdição dos loucos, dos surdos-mudos e dos pródigos.

⁵¹ CARTÓRIO CHACON (Bertioga – SP). *op. cit.*

brasileiro, regulamentado pela Lei Federal 6.515, de 26 de dezembro de 1977⁵². Assim, a redação do art. 12, inc. I, do Código Civil de 1916 foi modificada pela referida lei, determinando-se o registro: dos *nascimentos, casamentos, separações judiciais, divórcios e óbitos*.

Comentando a Emenda Constitucional nº 9, fruto da conquista social que adequou a lei à realidade, o saudoso senador Nelson Carneiro⁵³ desabafa: *instituído o casamento civil, não havia como recusar aos lares destroçados a possibilidade de completa dissolução*.

Assim, os estados civis foram ampliados, acrescentando-se o de separado judicialmente e o de divorciado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreram outras adaptações que inovaram mais uma vez nosso sistema registrário. O art. 227, parágrafo 6º, reconheceu a inexistência de diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, e em virtude desta determinação foram criados o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e a Lei nº 8.560 de 19 de dezembro de 1992. Esta última regulou a filiação no direito civil, bem com a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Cumprir frisar que a partir de 11 de janeiro de 2003, quando entrou em vigor a Lei 10.406 - Código Civil Brasileiro, esta manteve a disciplina do art. 12 do Código Civil de 1916, determinando o registro dos nascimentos, casamentos e óbitos no art. 9, inc. I, e a averbação das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal, no art. 10, inc. I.

Além dessas, outras conseqüências advieram para o registro civil, com a redução da maioridade civil de 21 para 18 anos de idade, e também com a redação dos artigos 1.596 a 1.606, que consideraram apenas a relação de parentesco ou de filiação, em condição civil ou natural.

⁵² BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro civil das pessoas naturais**. São Paulo: Atlas, 1983. p. 13.

⁵³ CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio**. São Paulo: Editora Lampião, 1977. p. 11.

Também pela redação do art. 10, inc. II, do Código Civil em vigor, fica o registro civil das pessoas naturais autorizado a averbar, além dos já existentes, também os atos judiciais que declararem a filiação de acordo com a Lei 8.560/92.

Assim, os estados civis legalmente instituídos (solteiro, casado, separado judicialmente, divorciado e viúvo) são os que a maioria da doutrina admite como existentes, excluindo a união estável por ausência de previsão legal de sua averbação junto ao registro civil, o que entendemos impertinente, conforme posição adotada no último capítulo deste trabalho.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1779/2003, proposto pelo deputado Fernando Giacobbo, que procura “criar” legalmente o estado civil decorrente da união estável, acrescentando o § 3º ao art. 1723 do Código Civil em vigor, com a seguinte redação: § 3º. *Os companheiros adotarão o estado civil de conviventes.*

1.4.2 O estado familiar, a entidade familiar e o estado civil da pessoa natural: uma distinção necessária

A proximidade das expressões: estado familiar, entidade familiar e estado civil pode levar o intérprete a entender que teriam todas o mesmo significado, quando, na realidade, são conceitos distintos, embora conexos.

O estado familiar indica a posição do indivíduo perante sua família, terceiros e o Estado em face da condição da pessoa em razão do parentesco, da afinidade ou das relações de afeição ou de vínculo conjugal (ou sua ausência). O parentesco se identifica por intermédio de graus, levando-se em consideração a consangüinidade ou adoção. A afinidade acompanha o parentesco para sua determinação. As relações de vínculo conjugal, ou a sua falta, determinam se uma pessoa pode assumir uma relação familiar ou conjugal; se uma pessoa se encontra inserida na relação conjugal; ou se, em virtude da quebra do vínculo, a pessoa se encontra excluída da relação conjugal. Assim, quanto ao parentesco, pode-se determinar se uma pessoa é ascendente, descendente ou colateral; e quanto à afinidade, se sogro(a) ou cunhado(a). Os cônjuges não estão unidos por laços de parentesco,

mas sim, de *afinidade*⁵⁴. No entanto, para situar os cônjuges em seu estado familiar, o referencial é o vínculo de afeto ou conjugal, pelo qual pode a pessoa ser considerada casada ou em união estável. Se o vínculo se desfaz, em relação ao estado familiar, importante é definir a condição em que a pessoa se encontra para fins de sucessão e de contração de novas núpcias, para determinação do direito a alimentos e outros. Desta forma, a pessoa pode ser considerada separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Já as entidades familiares ou famílias são aquelas designadas pela Constituição Federal que merecem a proteção do Estado, ou seja, as advindas do casamento civil, do casamentoⁱ religioso com efeitos civis, da união estável e a constituída por um dos pais e seus descendentes (família monoparental)⁵⁵. Da existência da família ou da entidade familiar surge parte dos estados familiares possíveis de serem tipificados. Portanto, a entidade familiar não é o estado familiar, mas sim, o pressuposto para que alguns estados familiares possam ser identificados. A entidade familiar representa a relação. O estado familiar representa a situação, a qualidade adquirida em face da existência ou não da entidade familiar⁵⁶. O estado de solteiro como estado familiar existe por não ter a pessoa contraído casamento ou união estável. Embora sendo-se solteiro possa advir, de uma relação sexual esporádica, um filho, a entidade familiar monoparental não é pressuposto para a existência do estado de solteiro.

Pode-se afirmar então que do casamento advém o estado familiar de casado, da união estável o de convivente (em união estável) e do parentesco em linha reta (pai ou mãe e filho(s)) a família monoparental. Note-se que os estados de casado e de convivente são oriundos, respectivamente, do casamento e da união estável, enquanto a família monoparental surge do estado familiar oriundo do parentesco (pai ou mãe, e seu(s) filho(s)). Portanto, o casamento e a união estável são pressupostos para a existência do estado de casado e de convivente, enquanto a família monoparental não é pressuposto para a configuração do parentesco ascendente e

⁵⁴ Ensina Eduardo de Oliveira Leite: *“Marido e mulher são, simplesmente, afins. Embora haja simetria com a contagem dos graus no parentesco, a afinidade não decorre da natureza, nem do sangue, mas tão somente da lei.”* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 191-192.

⁵⁵ Art. 226, *caput* e parágrafos 1º a 4º da Constituição Federal.

⁵⁶ E de outros fatores, conforme visto anteriormente.

descendente, mas exatamente o contrário. Por isso é que a família monoparental constitui-se como uma entidade familiar, mas não como um estado familiar decorrente de vínculo conjugal, e sim, por parentesco.

Inexistindo casamento civil ou religioso com efeitos civis tem-se o estado de solteiro. Com a extinção do casamento civil ou religioso com efeitos civis tem-se o estado familiar de separado judicialmente, o de divorciado ou o de viuvez. Da inexistência da união estável, tem-se o estado de solteiro, o de separado judicialmente, o de divorciado ou o de viúvo. Com a extinção da união estável retorna-se ao estado de solteiro, separado judicialmente, divorciado; e, no caso de extinção da união estável por morte, poder-se-ia dizer que se origina o estado de viuvez. Inexistindo a família monoparental não haverá parentesco em linha reta imediatamente ascendente ou descendente, mas poderá existir o parentesco entre avós e netos, entre tios e sobrinhos que juntos residam, formando outras famílias de fato⁵⁷, entre outros.

É certo que, atualmente, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, outras formas de entidade familiar podem ser consideradas como tais, embora com divergências doutrinárias e jurisprudenciais, haja vista que se discute se o art. 226 da Constituição Federal encerra as espécies de família em *numerus clausus*. No entanto, não se pode ignorar que, se existem hoje muitas mães solteiras (no sentido amplo, que vivem sozinhas, independentemente de seu estado civil) residindo com seus filhos e formando a família monoparental, também é cediço que existem muitos avós que se encontram cuidando de seus netos, formando uma família à margem da proteção constitucional⁵⁸. Também se encontram excluídos da condição de família legal os que constituem uma relação estável homossexual, masculina ou feminina, uma vez que a legislação não permite a celebração de

⁵⁷ Eduardo dos Santos entende que a família pode entender-se em vários sentidos, sendo três, os principais: *Em sentido lato, a família compreende todas as pessoas ligadas por vínculos de casamento, parentesco, afinidade e adoção. É a família-linhagem, freqüentemente assim chamada. Em sentido restrito, a família engloba o pai, a mãe e os filhos. É a família nuclear, que, normalmente é constituída pela família conjugal. É a sociedade paterno-filial. Num sentido intermediário, a família é o grupo de pessoas que vivem debaixo do mesmo tecto. É a família-lar.* (SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família**. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. p. 13.)

⁵⁸ Tendo em vista que o art. 226, §4º da Constituição Federal que “*entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”, numa interpretação restritiva, os descendentes a que alude o dispositivo, pode ser interpretado, considerando apenas os *descendentes diretos ou de primeiro grau*, no caso, os filhos, e não os demais descendentes (netos, bisnetos etc).

casamento de homossexuais nem o enquadramento de seu convívio como união estável⁵⁹.

Por sua vez, o estado civil, para alguns autores, pode ser considerado como o conjunto formado pelo estado familiar, político e pessoal (que denominamos individual). Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Carolina Brochado Teixeira⁶⁰ entendem que o estado familiar, o político e o pessoal (individual) constituem o estado civil. Neste mesmo sentido vão os escólios de Francisco Amaral (*O conjunto dos estados da pessoa forma o seu estado civil*)⁶¹ e de Silvio de Salvo Venosa⁶².

O uso da expressão *estado civil* pelos autores acima encontra-se em seu sentido *lato*, uma vez que abrange a junção das três formas de estado. No entanto, a legislação, quando exige que se informe o *estado civil*, refere-se normalmente à acepção *stricto sensu*, uma vez que, como exigência para identificação da pessoa, a norma realiza uma nítida separação, requerendo a identificação do *estado civil*, da *nacionalidade (ou naturalidade)* e do *sexo*, conforme se pode verificar no art. 7º, inc. XXX e art. 183, § 1º da Constituição Federal⁶³; no art. 215, §1º, inc. III, art. 968, inc. I, art. 997, inc. I, art. 1525, inc. IV, do Código Civil em vigor⁶⁴; art. 115 da Lei

⁵⁹ A conversão em casamento da união estável, depende que os companheiros sejam de sexos opostos, sob pena de não se aplicar o disposto no art. 226, §3º da Constituição Federal: “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”. (grifamos)

⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.) **Questões controvertidas**: no direito de família e das sucessões (série Grandes Temas de Direito Privado – v. 3). São Paulo: Método, 2005. p. 262.

⁶¹ AMARAL, Francisco. *op. cit.* p. 234.

⁶² “O estado civil é uno e indivisível, pois ninguém pode ser, ao mesmo tempo, maior e menor, brasileiro e estrangeiro, filho natural e filho legítimo etc.” VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p. 198.

⁶³ Constituição Federal:

- Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

- Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

⁶⁴ Novo Código Civil:

- Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;

6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro)⁶⁵; art. 104, inc. I, da Lei 11.101/2005 (Nova Lei de Falências)⁶⁶; art. 80, 3º, art. 92, 2º, art. 176, §1º, inc. II, 4, “a”, da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos)⁶⁷; art. 1º, da Lei 9.029/1995⁶⁸; dentre outros.

Pode-se sustentar que o estado civil *stricto sensu* decorreria apenas do registro dos fatos jurídicos descritos em lei, limitando-se aos que podem ser registrados e averbados.

Não obstante, conforme se verifica, o estado civil descreve um estado familiar, uma relação de vínculo conjugal ou de sua ausência. É a partir do estado familiar que o estado civil descreve uma situação fática que tem conseqüências para o ordenamento jurídico. Portanto, o estado civil *stricto sensu* reflete alguns dos

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

Art. 1525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

⁶⁵ Estatuto do Estrangeiro – Lei 6.815/1980:

- Art. 115. O estrangeiro que pretender a naturalização deverá requerê-la ao Ministério da Justiça, declarando: nome por extenso, naturalidade, nacionalidade, filiação, sexo, estado civil, dia, mês e ano de nascimento, profissão, lugares onde haja residido anteriormente no Brasil e no exterior, se satisfaz o requisito a que alude o artigo 112, item VII e se deseja ou não traduzir ou adaptar o seu nome à língua portuguesa.

⁶⁶ Nova Lei de Falências – Lei 11.101/2005:

- Art. 104. A decretação da falência impõe ao falido os seguintes deveres:

I - assinar nos autos, desde que intimado da decisão, termo de comparecimento, com a indicação do nome, nacionalidade, estado civil, endereço completo do domicílio, devendo ainda declarar, para constar do dito termo:

⁶⁷ Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/1973:

- Art. 80. O assento de óbito deverá conter:

3º) o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado civil, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto;

- Art. 92. As interdições serão registradas no mesmo cartório e no mesmo livro de que trata o art. 89, salvo a hipótese prevista na parte final do parágrafo único do art. 33, declarando-se:

2º) nome, prenome, idade, estado civil, profissão, naturalidade, domicílio e residência do interdito, data e cartório em que forem registrados o nascimento e o casamento, bem como o nome do cônjuge, se for casado;

- Art. 176. O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas:

II - são requisitos da matrícula:

4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como:

a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação;

⁶⁸ Lei 9.029 de 13 de abril de 1995:

- Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

estados familiares passíveis de identificação, mais precisamente, quando se descrevem as relações de vínculo conjugal ou dele carentes, excluindo-se os estados familiares decorrentes das relações de parentesco e de afinidade.

Se o estado civil reflete o estado familiar por vínculo conjugal (ou falta dele), entende-se pertinente identificar os requisitos para a formação da união estável, para então finalizar a pesquisa discorrendo sobre a forma em que o estado familiar pode ser considerado um estado civil, independentemente de previsão legislativa.

CAPÍTULO 2

DA UNIÃO ESTÁVEL

2.1 A FAMÍLIA E A ENTIDADE FAMILIAR: QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O impulso, o instinto que leva os seres vivos a se perpetuar e a se proteger, explica como certas criaturas se comportam e a forma como se acasalam. Entre os seres humanos, tal comportamento não se justifica apenas pelo instinto, por um fato natural. Longe disso, há tempos a constituição das famílias deixou de ser um fato natural para ser estudado também como fato social. Não há dúvida de que a família se constitui no mais antigo dos organismos sociais⁶⁹⁻⁷⁰, anterior ao surgimento do Estado e do direito que a regulamenta⁷¹⁻⁷². Entre os fatores naturais que levam duas pessoas a estabelecer um elo afetivo e perene está o fato de que todas as pessoas buscam ser felizes, sendo a família, para muitos, justamente o local onde tais sentimentos afloram ou se desenvolvem. Já o fato de entre os seres humanos se aceitar somente a monogamia ou se tolerar ou permitir a poligamia constitui um fato social; há um fator moral ou religioso, ou de outra índole, que leva determinada sociedade a adotar ou aceitar determinados tipos de comportamento familiar.

Se por um lado o *casamento* serviu como forma de impor limites aos seres humanos, restringindo-lhe a liberdade - principalmente ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto⁷³ - por outro serviu para

⁶⁹ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20-21, que ensina: “Nenhuma dúvida há de que, em termos de organismo social, é a família o mais antigo... A sua importância reluz por existir e subsistir em todos os quadrantes de nosso planeta,..., apenas sofrendo as variações quanto às suas formas constitutivas em termos de estrutura, decorrendo isso do maior ou menor grau de aculturação do povo que habita a região que for submetida a uma análise comparativa”.

⁷⁰ Neste sentido, também os ensinamentos de Antunes Varela: *A família é o núcleo social primário mais importante que integra a estrutura do Estado. Como sociedade natural, correspondente a uma profunda e transcendente exigência do ser humano, a família antecede nas suas origens o próprio Estado. Antes de se organizar politicamente através do Estado, os povos mais antigos viveram socialmente em famílias*. (VARELA, Antunes. **Direito de família**. Lisboa: Livraria Petrony, 1987. p. 30.

⁷¹ Idem. p. 22.

⁷² Cristiano Chaves Farias, em seu artigo: A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **CD Jur Magister Conteúdo Jurídico Brasileiro**, Porto Alegre: Editora Magister, jun-jul-2006, observa que: “Dúvida inexistente de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos (perspectivas científicas), numa espécie de ‘paleontologia social’”.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 25.

que o Estado deixasse à margem da lei outras formas de família constituídas fora do casamento, não acompanhando durante décadas a evolução social das “famílias” que rompem com as tradições, o conservadorismo, a religião e até mesmo a imposição e o reconhecimento legal do Estado⁷⁴. O mesmo fato natural que leva as pessoas a buscar a felicidade explica por que ocorrem as uniões pós-casamento ou pós-dissolução do casamento. As pessoas querem ser felizes. Se não encontram felicidade ou estímulo para continuar com uma pessoa, é natural que procurem a felicidade ao lado de outra pessoa⁷⁵, fato que demorou a ser assimilado pelo Estado.

Assim como nos países que elaboraram sua codificação no Código Civil francês, o sistema brasileiro também adotou uma determinada concepção de família na legislação civil⁷⁶. Por muito tempo no Brasil, a família foi sinônimo de casamento⁷⁷. Não se reconhecia direitos à família constituída fora do padrão, que era o casamento civil ou o religioso com efeitos civis, especialmente nas uniões adulterinas, que ficavam à margem de qualquer proteção jurídica⁷⁸.

O Código Civil de 1916 não direcionava sua tutela às pessoas. Preferiu prestigiar a patrimonialidade e sua circulação. O modelo familiar centrado no casamento era direcionada a classe social da burguesia⁷⁹, salientando-se que grande parte da população brasileira não desfrutava, e ainda não desfruta, do direito real de propriedade imobiliária. As famílias sem casamento eram constituídas, não por se preferir evitar o casamento civil, mas, em parte, pela falta de acesso às formalidades legais. Portanto, a patrimonialidade do sistema codificado serviu

⁷⁴ *idem, ibidem*. p. 27.

⁷⁵ Cumpre salientar que, a felicidade que as pessoas procuram alcançar uma com as outras se externa entre pessoas de sexos opostos e também de mesmo sexo. Aqui não queremos discutir a união homossexual, limitando nossa discussão em relação à união estável.

⁷⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12.

⁷⁷ COLTRO, Antonio Carlos Mathias; FIGUEIREDO, Sálvio de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **Comentários ao novo código civil: do direito pessoal: arts. 1.511 a 1.590. v. XVII**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 28.

⁷⁸ OLIVEIRA, Euclides. União estável e concubinato. In: FREITAS, Douglas Phillips. **Curso de direito de família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004. p. 103.

⁷⁹ “nos moldes europeus-cristãos”, como assevera Rosana Amara Girardi Fachin (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 63.

também como fonte de exclusão das pessoas de baixa renda, que formavam suas famílias fora do casamento legalmente instituído⁸⁰.

Há que se observar que, segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁸¹, no ano 2000 a proporção de famílias formadas pela “união consensual”, continuam, proporcionalmente, a ser mais numerosas nos estados da Região Norte e Nordeste e menos acentuada na Região Sul e Sudeste, o que demonstra que as famílias constituídas pelo casamento possuem sua importância, mas indicam que outras formas de família não podem ficar à margem de uma tutela que as ampare e as proteja.

Nessa perspectiva, não de mudança, mas de inclusão de paradigmas, a *publicização* rumo a *constitucionalização* ganhou espaço para alcançar as transformações havidas na família. E a Constituição Federal de 1988 teve papel importante como instrumento de reunificação do Direito de Família e na busca da proteção da dignidade da pessoa humana e da felicidade de seus membros, contemplando formas plurais de entidades familiares⁸².

A Constituição Federal de 1988 dispôs, no *caput* de seu art. 226, que: *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*. Em seguida, no parágrafo primeiro prevê que o *casamento é civil*, e no parágrafo segundo, que o *casamento religioso tem efeitos civis, nos termos da lei*. No entanto, nos parágrafos 3º e 4º do art. 226, o constituinte preferiu a seguinte redação:

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁸⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. op. cit. p. 15-17.

⁸¹ *vide* item: situação da união estável no país. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo demográfico 2000: Nupcialidade e fecundidade: resultado da amostra**. Rio de Janeiro: IBGE, 2001.

⁸² FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 130-131.

Pois bem, pelo novo texto constitucional, no art. 226, a “base da sociedade” mais uma vez teve sua conceituação ampliada⁸³ por meio da introdução do termo *entidade familiar*. Parte da doutrina entendia que a Constituição Federal, ao fazer referência à união estável e à família monoparental como *entidades familiares*, quis distingui-las da “família” como célula maior da sociedade advinda do casamento⁸⁴. Belmiro Pedro Welter⁸⁵ alerta inclusive sobre a existência de duas correntes doutrinárias, sendo uma delas a que defendia a desigualdade familiar.

Cumpre ter em mente que foi por meio da atuação do Estado e da Igreja que a intervenção na estrutura familiar levou à instituição do *casamento* como ícone dessa organização social, decorrendo daí formas de aquisição de direitos e deveres para o casal e destes para com sua prole e vice-versa. Portanto, para puderem ter aceitação social e religiosa, com reconhecimento jurídico e proteção do Estado, os vínculos afetivos necessitavam ser chancelados pelo *matrimônio*⁸⁶.

Assim, pareceu num primeiro momento que o constituinte havia utilizado propositadamente a expressão *família* para designar aquela advinda do casamento e *entidade familiar* para referir-se àquela decorrente da união estável ou da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental). No entanto, é certo que o legislador constitucional não procurou equiparar o instituto do casamento com a união estável, ainda preferindo a constituição da família pelo casamento; interpretação que se depreende do próprio texto constitucional, ao prever a facilitação, pela lei, da conversão da união estável em casamento, conforme o art. 226, §3º da Constituição Federal.

Apesar dessa preferência do casamento à união estável, a ampliação do conceito constitucional de família não leva à conclusão de que haja um “hierarquização” da família. Felizmente, a crença de que haveria uma sobreposição do casamento à união estável, arraigada em face do conservadorismo na preservação do instituto do casamento, foi totalmente superada. Em obras inclusive

⁸³ Lembrar que na Constituição de 1.967, em seu artigo 175, havia previsão de que, somente pelo casamento seria constituída a família e, só esta seria merecedora de proteção dos Poderes Públicos.

⁸⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Constituição de 1988 e direito civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 60.

⁸⁵ WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 18.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 26.

anteriores à Lei nº 8.971/94 (que inicialmente regulamentou a união estável), a doutrina já se posicionava firmemente na interpretação do vocábulo *família* para designar aquela fundada no casamento, na união estável, na família monoparental e na família adotiva⁸⁷.

O reconhecimento de que a família constitui um fato social, cultural e histórico, e não jurídico⁸⁸, levou à reflexão de que todas as formas previstas na Constituição Federal constituem *família*, atribuindo-se à expressão *entidade familiar* idêntico significado, e não um traço distintivo.

Destarte, pelo que se depreende da norma constitucional, a proteção do Estado destinada à *base da sociedade* pode ser conferida à família em qualquer das suas três formas de constituição,⁸⁹ e a expressão *entidade familiar pode ser* considerada como designação da *família como um todo*⁹⁰.

Sendo a união estável uma espécie de família, não se pode negar que dela decorra o estado familiar de companheiros ou conviventes ou de pessoas em união estável. A relação de afeto, de vínculo conjugal, constitui, na união estável, um dos pilares para sua caracterização. Se das relações de vínculo conjugal decorre o reconhecimento da existência de um estado familiar, é assim que as pessoas inseridas nessa relação devem ser tratadas e reconhecidas, pois decorre do estado familiar o direito à identidade pessoal.

⁸⁷ Eduardo de Oliveira Leite ensina que: “a palavra ‘família’ empregada no art. 226, caput, deve ser entendida num sentido amplo, abrangendo, não somente a família fundada no casamento (antiga família dita ‘legítima’, em contraposição à ‘ilegítima’), mas ainda as novas formas de conjugalidade, como a união de fato (art. 226, §3º), a família natural assente no fato da procriação (art. 226, §4º) e a família adotiva (adoção por pessoa não casada). In: Concubinato frente à nova Constituição. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1993. p. 97.

⁸⁸ FERREIRA, Fábio Alves. **O reconhecimento da união de fato como entidade familiar e a sua transformação num casamento não solene**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 61-62.

⁸⁹ Neste sentido Alexandre de Moraes (*op. cit.* p. 755) afirma que: *A Constituição Federal garantiu ampla proteção à família, definindo três espécies de entidades familiares: a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, §§1º e 2º); a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, §3º) e; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, §4º) deixando clara a sua posição de somente existir três espécies de entidade familiar e admitido a união estável somente entre homem e mulher, posição esta assumida pela maioria da doutrina.*

⁹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Concubinato frente à nova Constituição. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1993. p. 96.

2.2 TERMINOLOGIA: UNIÃO LIVRE, UNIÃO ESTÁVEL OU CONCUBINATO. CONCUBINOS, COMPANHEIROS OU CONVIVENTES

Como definir a relação entre homem e mulher que, sem casar, possuem a intenção de constituir família? E aos sujeitos dessa relação, que terminologia se deve atribuir?

A questão, anterior à Constituição Federal de 1988, era tratada pela quase-unanimidade na doutrina e jurisprudência como concubinato, referindo-se à relação e como concubinos os partícipes desta relação. Destacavam os juristas apenas a distinção entre o concubinato puro ou próprio e o concubinato impuro ou impróprio.

Era considerado concubinato puro aquela relação entre pessoas de sexos opostos que se verificasse com certa estabilidade e cujos sujeitos fossem livres, ou seja, solteiros, viúvos ou divorciados⁹¹, e assim desimpedidos para contrair matrimônio. O concubinato puro, portanto, era atribuído às pessoas não atingidas pelos impedimentos matrimoniais do art. 183 do Código Civil de 1916 (art. 1521 do Código Civil em vigor).

Já o concubinato impuro diferenciava-se por ocorrer entre pessoas já compromissadas pelo matrimônio ou impedidas de casar. Desta forma, mesmo havendo relação duradoura entre homem e mulher livres para o casamento, mas impedidos de realizá-lo, por exemplo, por serem colaterais até o terceiro grau (inc. IV do art. 183 do Código Civil de 1916 – inc. IV do art. 1.521 do Código Civil em vigor) tal relação não poderia ser considerada concubinato puro, e sim, concubinato impuro. De igual forma, pessoas casadas que tivessem relacionamentos extraconjugais também recebiam tal designação. Assim, tais relações eram chamadas comumente de adulterinas ou incestuosas, com a conotação pejorativa de *mancebia* para a designação da relação e *amantes* para os seus sujeitos.

⁹¹ Lembrar que se fossem os sujeitos da relação separados judicialmente não poderiam contrair novas núpcias e portanto impedidos ao casamento, pelo art. 180, inc. V do Código Civil pois necessitariam para habitarem-se para o casamento de apresentarem “*certidão de óbito do cônjuge falecido, de anulação do casamento anterior ou do registro da sentença de **divórcio***”. Em sentido contrário na análise dos requisitos do concubinato puro, Nágila Maria Sales Brito invoca que para sua caracterização poderiam os participantes da relação concubinária pura serem solteiros, viúvos, **separados judicialmente** ou divorciados – “Concubinato e seus Efeitos Econômicos”, Belo Horizonte, Ed. Nova Alvorada, 1998, p. 23.

Basílio de Oliveira prefere que a designação concubinato estável seja substituída por união estável ou extramatrimonial⁹², posição da qual discordamos, em face de esta última acepção ser abrangente demais. A relação extramatrimonial pode abranger diversas formas de relacionamento, tanto o daqueles impedidos para o casamento quanto o daqueles não impedidos, e ainda aquelas relações esporádicas, temporárias, sem pretensão de se tornar duradouras.

Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu no seu art. 226 a expressão “união estável”, boa parte da doutrina e jurisprudência continuou a utilizar o binômio concubinato-concubinos, inclusive adotando-os em vários títulos de obras⁹³.

Edgar de Moura Bittencourt, anteriormente a Constituição Federal de 1988, apesar de adotar a nomenclatura usual à época, ou seja, *concubinato*, fez referência e comparação desta com a expressão *união livre* dizendo serem *idéias semelhantes, abrangendo uma e outra a relação entre homem e mulher, fora do matrimônio*.

E continua:

*Essa relação na frase de SAVATIER, se designa, em estilo nobre, por união livre e, em estilo menos nobre, por concubinato. Na linguagem corrente nenhuma distinção há, pois, entre união livre e concubinato. E mesmo os que entendem, como LEROY, que alguma diferença se pode estabelecer entre as duas expressões, tendo-se em vista antiga concepção nas relações estranhas ao casamento, terminam por reconhecer que atualmente ambas significam idéias idênticas.*⁹⁴

Hoje tal assertiva não pode ser mais considerada. Poucos são os que ousariam afirmar que as expressões concubinato e união livre designariam a mesma forma de relação duradoura entre homem e mulher. Para a expressão concubinato restará cair em desuso, pois, *stricto sensu*, como concubinato puro ou impuro, não

⁹² OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **O Concubinato e a Constituição atual**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 27

⁹³ Neste sentido após a promulgação da CF/88 tivemos vários títulos de obras publicadas, v.g., **Concubinato “Puro X Impuro”**, Fernando Castro da Cruz, 1997; **Concubinato – União Estável**, Irineu Antonio Pedrotti, 1997; **Concubinato – aspectos sociojurídicos da união estável**, Noemia Alves Fardin, 1995; **Os direitos e os deveres dos concubinos**, João Roberto Parizatto, 1998; **Concubinato – novos rumos**, Basílio de Oliveira, 1997; além de diversos pareceres e estudos como **Do direito de alimentos no concubinato**, Yussef Said Cahali, 1993, dentre outros.

⁹⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. São Paulo: Ed. Alba Ltda. 1961. p. 23.

guarda a mesma relação e divisão que existia no passado. Em sentido estrito, no passado, o concubinato impuro cabia nas hipóteses em que pelo menos um dos concubinos fosse impedido de contrair matrimônio. Hoje, na união estável, se um ou ambos os companheiros for(em) separado(s) de fato ou de direito, ou seja, impedido(s) de se casar, ainda assim poderá ser caracterizada a união estável. Assim, tanto a hipótese do antigo concubinato puro como a do concubinato impuro são contempladas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96, principalmente depois do atual Código Civil,⁹⁵ que considera ambos os casos como união estável, definindo tais institutos nos artigos 1.723 a 1.727.

Luiz Edson Fachin designa como *união estável* o padrão familiar próximo ao casamento, facultando-se a sua conversão em casamento; e como *união livre*, uma associação informal não suscetível de conversão⁹⁶.

O correto, para melhor compreensão do instituto, é que a “união” denominada pela Constituição Federal de “estável” fosse denominada “união livre”, como anteriormente a denominara Edgar de Moura Bittencourt, obviamente com a ressalva de não equiparar-se ao concubinato. A expressão “estável” está no contexto da expressão “união estável” como um adjetivo; ou seja, a união entre homem e mulher com o intuito de constituição de família fora do casamento é estável. No entanto, se se pensar na relação homem-mulher dentro do casamento, perceber-se-á que tal união pelo matrimônio também terá que ser considerada estável; ou seja, a união entre homem e mulher, dentro ou fora do casamento, com intenção de constituição de família, é estável. Assim, a expressão adotada pelo legislador constitucional não é das mais perfeitas e deveria sofrer uma alteração que a colocasse no seu contexto fático. Dentro deste raciocínio, a adoção da nomenclatura “união livre” seria, com certeza, a mais adequada para designação da relação, em que a norma constitucional, e a maioria da doutrina adotou como de “união estável”⁹⁷.

⁹⁵ (Novo Código Civil) Art. 1723, §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.

⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 60.

⁹⁷ Neste sentido Eduardo de Oliveira Leite explica: “O concubinato mereceu consagração constitucional, sob a denominação equivocada de ‘união estável’ (como se o casamento ‘legítimo’ não fosse também uma união estável). Melhor seria que o constituinte tivesse se referido à ‘união livre’ (sem impedimentos matrimoniais,

Assim como nos países que elaboraram sua codificação no Código Civil francês, o sistema brasileiro também adotou uma determinada concepção de família na legislação civil⁹⁸. Por muito tempo no Brasil, a família foi sinônimo de casamento⁹⁹. Não se reconhecia direitos à família constituída fora do padrão, que era o casamento civil ou o religioso com efeitos civis, especialmente nas uniões adulterinas, que ficavam à margem de qualquer proteção jurídica¹⁰⁰.

O Código Civil de 1916 não direcionava sua tutela às pessoas. Preferiu prestigiar a patrimonialidade e sua circulação. O modelo familiar centrado no casamento era direcionada a classe social da burguesia¹⁰¹, salientando-se que grande parte da população brasileira não desfrutava, e ainda não desfruta, do direito real de propriedade imobiliária. As famílias sem casamento eram constituídas, não por se preferir evitar o casamento civil, mas, em parte, pela falta de acesso às formalidades legais. Portanto, a patrimonialidade do sistema codificado serviu também como fonte de exclusão das pessoas de baixa renda, que formavam suas famílias fora do casamento legalmente instituído¹⁰².

Há que se observar que, segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹⁰³, no ano 2000 a proporção de famílias formadas pela “união consensual”, continuam, proporcionalmente, a ser mais numerosas nos estados da Região Norte e Nordeste e menos acentuada na Região Sul e Sudeste, o que demonstra que as famílias constituídas pelo casamento possuem sua importância, mas indicam que outras formas de família não podem ficar à margem de uma tutela que as ampare e as proteja.

portanto). In: Concubinato frente à nova constituição. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais civis e processuais**. p. 97. São Paulo: RT, 1993,

⁹⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12.

⁹⁹ COLTRO, Antonio Carlos Mathias; FIGUEIREDO, Sálvio de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **Comentários ao novo código civil: do direito pessoal: arts. 1.511 a 1.590. v. XVII**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 28.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Euclides. União estável e concubinato. In: FREITAS, Douglas Phillips. **Curso de direito de família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004. p. 103.

¹⁰¹ “nos moldes europeus-cristãos”, como assevera Rosana Amara Girardi Fachin (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 63.

¹⁰² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. op. cit. p. 15-17.

¹⁰³ *vide* item: situação da união estável no país. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo demográfico 2000: Nupcialidade e fecundidade: resultado da amostra**. Rio de Janeiro: IBGE, 2001.

Nessa perspectiva, não de mudança, mas de inclusão de paradigmas, a *publicização* rumo a *constitucionalização* ganhou espaço para alcançar as transformações havidas na família. E a Constituição Federal de 1988 teve papel importante como instrumento de reunificação do Direito de Família e na busca da proteção da dignidade da pessoa humana e da felicidade de seus membros, contemplando formas plurais de entidades familiares¹⁰⁴

Não obstante, reconhecemos que a adoção do rigor técnico da nomenclatura pode levar o leigo a pensar que “união livre” poderia relacionar-se com “amor livre”, uma vez que, “união” e “liberdade” são palavras que se reputam antagônicas no contexto de uma relação de afeto e de vínculo conjugal. Não se quer dizer que a união estável seria uma “prisão”, mas a palavra *união*, aqui, tem sinônimo de relação, de elo, de junção, soando desconexa a palavra “liberdade”, como se quisesse significar ausência de compromisso.

Assim, curvamo-nos à expressão “união estável”, consagrada pela doutrina e jurisprudência para designar a relação que se estabelece entre homem e mulher na convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família, pois a estabilidade está mais para esta *união* que a expressão *liberdade*.

2.3 CONVIVÊNCIA DAS LEIS 8.971/1994, 9.278/1996 E 10.406/2002

Grande era a discussão em torno da ab-rogação ou não da Lei 8.971/94 em face da Lei 9.278/96 e, recentemente, destas em face da Lei 10.406/2002 (Novo Código Civil)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 130-131.

¹⁰⁵ A Lei 8.971/94 que veio intitulada como a Lei que “*Regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão*” e a Lei 9.278/96, como a Lei que “*Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal*” tiveram suas nomenclaturas doutrinárias diferenciadas. Eduardo de Oliveira Leite nomeia a Lei 8.971/94 como “Lei do Concubinato” e a Lei 9.278/96 como “Lei dos Conviventes” (**Síntese de direito civil**: Direito de Família. 2. ed. São Paulo: JM Editora, p. 94). Enquanto outros autores como Claudia Grieco Tabosa Pessoa (**Efeitos patrimoniais do concubinato**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23) não nomina a Lei 8.971/94, mas nomina a Lei 9.278/96 de “Lei do Concubinato”. O Anteprojeto de Lei, definido na sua ementa como Lei que “regulamenta o §3º, do art. 226 da Constituição, dispõe sobre o estatuto da união estável, e dá outras providência” está sendo chamado pelos dois juristas acima como “Estatuto da União Estável” (op. cit. p. 109 e p. 25, respectivamente),

Consagrando a Constituição de 1988, no *caput* do art. 226, que a “*família, ... , tem especial proteção do Estado*”, dispôs que três são as formas de constituição da entidade familiar: o casamento (§2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º). Estas três formas teriam seus direitos resguardados, amparados e reconhecidos pelo Poder Público como *base da sociedade*.

Das três formas de entidade familiar estatuídas pela Constituição Federal de 1988, apenas o casamento já tinha previsão constitucional anterior e a devida regulamentação pelo Código Civil de 1916, tendo-se a ele acrescentado, posteriormente, a sua dissolução pela Lei do Divórcio. Assim, a união estável teria que ser igualmente regulada, como o foi o casamento, para que a aludida “*proteção do Estado*” estabelecida pelo art. 226 da Constituição Federal pudesse ter aplicabilidade e assim fossem estabelecidos os direitos e deveres decorrentes dessa relação jurídica, amparada em nível constitucional¹⁰⁶.

O amparo da monoparentalidade decorre do parentesco entre um dos pais e seu (sua) filho(a)¹⁰⁷, não necessitando de regulamentação por legislação infraconstitucional.

A primeira regulamentação da união estável ocorreu somente seis anos após a promulgação da Carta Maior. Os juristas perceberam várias falhas terminológicas

enquanto que, outros como Nágila Maria Sales Brito (**Concubinato e seus efeitos econômicos**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998, p. 91) nomeiam o Anteprojeto como “Estatuto dos Concubinos”.

¹⁰⁶ Irineu Antonio Pedrotti (**Concubinato – união estável**. São Paulo: Leud, 1997, p. 35) opina que, apesar dos direitos e deveres decorrentes da união estável entre homem e mulher necessitarem de lei ordinária afirma que “*não obstante, não se afirma de boa técnica a não admissibilidade formal da união estável desde a vigência da Constituição porque a regra jurídica (constitucional) traz em si uma eficácia contida diante da realidade nacional. Que dizer: A norma do art. 226, §3º, da Constituição Federal é de eficácia contida e tem aplicação imediata.*”. No entanto, apesar do próprio Pedrotti citar os ensinamentos de José Afonso da Silva, sobre as normas de eficácia contida em que “*sua aplicabilidade não fica condicionada a uma norma posterior, mas fica dependente dos limites que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram...*” percebemos que, mesmo que imposto ao Estado proteger a união estável como entidade familiar, tal proteção não poderia ser realizada senão com o advento de lei ordinária posterior, isto porque não aplicável as normas sobre o casamento à união estável já que a CF/88 deixou claro ainda a supremacia e a preferência pelo casamento que pela união estável ou pela família monoparental. Desta forma, a proteção imposta, de valia alguma teria senão com a promulgação de uma lei que a regulasse. Só assim, o Estado estaria conferindo verdadeira proteção, já que inexistente qualquer lei ordinária anterior à CF/88 que regulasse a união estável como ocorrido com o casamento que tem sido consagrado pelas Constituições anteriores e perfeita regulamentação pelo Código Civil.

¹⁰⁷ Sobre o tema, vide LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

e contraditórias na Lei 8.971/94, a qual trouxe mais confusão que soluções acerca do instituto¹⁰⁸.

Alvo de críticas, a aludida lei foi considerada por muitos juristas como um diploma precipitado e mal-discutido do ponto de vista social e jurídico, pela forma como a união estável fora caracterizada e pela aplicação prática dela decorrente. Nota-se até mesmo incompatibilidade da Lei 8.971/94 - que se propôs a regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão - com a Constituição de 1988, por conferir mais direitos aos companheiros que aos cônjuges, numa evidente supremacia da união estável sobre o casamento, não querida pelo constituinte de 1988¹⁰⁹.

Após quase um ano e meio de discussões sobre a controvertida Lei 8.971/94, veio novamente o legislador - e, mais uma vez, precipitadamente - a editar a Lei 9.278/96, declarando, em sua ementa, regulamentar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Porém, como também esta foi alvo de críticas e discórdias entre os juristas, no mês de agosto de 1996 o presidente Fernando Henrique Cardoso nomeou uma comissão de juristas para elaborar de um novo projeto de Lei, que foi apresentado e designado sob o nº 2.686/96. No ano seguinte, outro projeto de Lei, o de nº 3.311/1997, foi apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados em 25.07.1997 pelo Deputado Federal Jofran Frejat (PPB-DF), no intuito de também regulamentar o instituto da *união estável*. O projeto de Lei nº 2686/1996 chegou a receber despacho da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados para ser encaminhado à Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) e à Comissão de

¹⁰⁸ Paulo Roberto de Azevedo Freitas faz uma crítica à Lei 8.971/94 dizendo que a Lei 8.971/94 “...publicada em dezembro de 1994, deixou perplexo o mundo jurídico nacional, que esperava o advento de um diploma que institucionalizasse organicamente a união estável. Entretanto, vestiu-se do nome “companheira”, a sugerir que se tratasse de um tertium genus, entre a união estável e o casamento e, assim, tentando esgueirar-se por brechas que o sistema jurídico não apresentava, pois a união estável está consagrada na Constituição de 1988 e o Texto Maior não permite um terceiro gênero, quando balizou no art. 226 e seus parágrafos o matrimônio, a união estável e sua conversão em casamento”.

¹⁰⁹ João Baptista Villela (**Repertório IOB de Jurisprudência**, 7/95, p. 113), citado por Paulo Roberto de Azevedo Freitas (**O novo regime jurídico da união estável, a ab-rogação da lei 8.971/94 pela lei 9.278/96**, in RT 736 p. 41) faz uma crítica ácida à Lei 8.971/94 opinando que “ofende a Constituição, situar a união estável em posição mais vantajosa que a do casamento”. Sob mesmo ponto de vista o próprio Paulo Roberto Azevedo Freitas exemplifica um dos motivos da irrisignação de João Baptista Villela: “Ora, os companheiros têm direito sucessórios iguais aos das pessoas casadas e até maiores, quando o regime for o da comunhão universal. É o que resulta da comparação entre o art. 1.611, §1º, do CC, e o art. 2º, I e II, da Lei 8.971/94. No casamento, o viúvo só terá usufruto sobre uma parte dos bens (se forem casados em regime diverso da comunhão universal), enquanto o companheiro terá o mesmo direito independentemente de qualquer regime”.

Constituição e Justiça (CCJ). Recebido pela Comissão de Seguridade Social e Família em 25.02.1997, ali permaneceu até 02/12/2004, quando foi arquivado por determinação da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, que acolheu o parecer do relator deputado Francisco Gonçalves, proferido em 23/09/2004, opinando pelo arquivamento em decorrência do advento da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o atual Código Civil, o qual prevê a figura da *união estável* e, segundo esse parecer, *regula esse instituto de forma adequada e eficaz*¹¹⁰.

Assim, verifica-se que eram procedentes todas as críticas dos juristas à falta de uma discussão mais aprofundada sobre a união estável e seus efeitos e, via de consequência, sobre as normas que regem o instituto, em vista da rapidez com que surgiram mais uma Lei (9.278/96) e dois projetos de lei (2.686/96 e 3311/97), durante os cerca de 3 (três) anos de vigência da Lei 8.971/94, além do Código Civil em vigor em 10 de janeiro de 2002.

Um dos dispositivos do Projeto de Lei 2.686/96 previa expressamente no seu art. 13: *“Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996”*, de modo a ab-rogar definitivamente os dois estatutos anteriores, encerrando as discussões sobre a vigência e a convivência das duas leis para as relações posteriores à aprovação do projeto de lei. De igual forma, o Projeto de Lei 3.311/97 também previa a ab-rogação dos estatutos anteriores em seu art. 18. Arquivados ambos os projetos de lei e não contemplando o Código Civil em vigor, dispositivo que expressamente revogasse os estatutos anteriores, passaram a existir três leis regulando o instituto da união estável, de forma a aumentar a discussão sobre a revogação tácita das leis 8.971/1994 e 9.278/1996 em face do Código Civil em vigor.

Segundo a interpretação de grande parte da doutrina acerca das normas dos estatutos mencionados (leis 8.971/1994 e 9.278/1996), houvera derrogação (revogação parcial), e não de ab-rogação (revogação total) da Lei 8.971/1994 pela Lei 9.278/1996. Francisco José Cahali¹¹¹ analisando o projeto de lei que originaria a

¹¹⁰ Vide documentação em anexo retirado do site: www.camara.gov.br

¹¹¹ CAHALI, José Francisco. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.

Lei 9.278/96, já emitia parecer acerca da existência de derrogação em contraposição à ab-rogação:

Assim, pelo conteúdo do projeto (original ou substitutivo), direcionado à regulamentação da união estável, trazendo suas características, direitos e obrigações entre os conviventes, formas de constituição e dissolução, com as respectivas consequências, especialmente no que se refere à partilha de bens pelos conviventes, de plano pode-se afastar a ocorrência da ab-rogação quanto às demais normas até então vigentes, pois não houve uma abrangência absoluta da nova regra sobre todas as matérias tratadas pelas normas anteriores.

Vale dizer, nenhum dos projetos trata a união estável e sua consequências (na vigência ou quando do rompimento) de uma forma completa, inteira, regulando todas as matérias anteriormente tratadas, cobrindo o conteúdo do regramento esparsamente preexistente.

Assim, permanecem íntegras as normas vigentes, por exemplo, dentre elas, a que defere direitos à concubina em permanecer no imóvel locado; a que autoriza a indicação da companheira como dependente no imposto de renda; a que ressalva a proteção do bem de família ocupado pelos conviventes etc.

Leoni Lopes de Oliveira assinala a manifestação no mesmo sentido por parte de vários outros autores, como Flávio Luiz Yarshell¹¹², João Roberto Parizatto¹¹³, Rainer Czajkowski¹¹⁴, Kátia Regina da Costa S. Ciotola¹¹⁵ e outros.

Com o advento do Código Civil ora em vigor, a discussão sobre as regras de antinomia tomaram mais vigor, já que as leis 8.971/1994 e 9.278/1996 são normas de caráter especial, enquanto os artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil em vigor são de caráter geral.

Prevaleceu o entendimento de que, o art. 1.723 a 1.727 do Código Civil em vigor por serem norma posterior apenas derogou os dispositivos das leis anteriores que com ela fossem incompatíveis ou que versassem sobre a mesma matéria, mesmo sendo norma de caráter geral.

A respeito da compatibilidade entre as regras das leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e do Código Civil em vigor, Rodrigo da Cunha Pereira¹¹⁶, discorrendo

¹¹² YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional dos ‘conviventes’ em matéria de alimentos. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 48. 1996.

¹¹³ PARIZZATO, João Roberto. **Os direitos e deveres dos concubinos**. Leme-SP, LED, 1998, p. 129.

¹¹⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**. Curitiba, Juruá, 1996, p. 15.

sobre o direito real de habitação, sobre o qual o Código Civil em vigor nada prevê no tocante aos casos de união estável, leciona:

Diante disso, e mesmo porque as duas leis sobre união estável não foram expressamente revogadas, concluo que o art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 continua co-existindo paralelamente a este código, já que esta lei, assim como a 8.971/94 não foram revogadas, derogadas ou ab-rogadas expressamente. Mesmo porque o direito em tela está disposto em parágrafo autônomo da lei, juntamente com o direito à alimentos (caput), atendendo às necessidades de amparo do companheiro supérstite, complementando o direito assistencial de alimentos.

Portanto, cumpre reconhecer a eficácia, no que couber, aos três diplomas, atendendo-se às regras de antinomia para verificação da vigência de cada uma delas.

Para caracterização da união estável, prevalecem as regras do Código Civil em vigor, ante a revogação do art. 1º de ambos os estatutos anteriores, passando a ser regido o instituto pelo art. 1.723, *caput* e parágrafos.

2.4 ELEMENTOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

O art. 1º da Lei 8.971/94 dispunha:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5(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.

¹¹⁵ CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. **O concubinato**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996, p.63.

¹¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 124.

Parágrafo único – Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva¹¹⁷.

Com esta redação, procurou o legislador fornecer os elementos necessários para comprovação da união estável, a saber:

- diversidade de sexos;
- relacionamento com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva (estado civil);
- convivência por pelo menos 5(cinco) anos ou existência de prole;
- fidelidade, em decorrência lógica da diferenciação do instituto com o concubinato (impuro);
- *affectio maritalis*.

Não obstante, a referida Lei recebeu, por quase um ano e meio, severas críticas doutrinárias, até que, parcialmente modificada, adveio a Lei 9.278/96, que no seu art. 1º prescreve: ***é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família¹¹⁸***.

Desta forma, em vista da nova configuração para o instituto, este passou a se caracterizar pelos seguintes elementos:

- diversidade de sexos;
- relacionamento com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva (decorrente da não-revogação do art. 1º da Lei nº 8.971/94);
- convivência duradoura;
- publicidade;

¹¹⁷ grifamos.

¹¹⁸ grifos nossos.

- continuidade;
- fidelidade;
- *affectio maritalis*.

Com o advento do Código Civil em vigor, o conceito de união estável sofreu pequena alteração, passando a caracterização do instituto - regido até então pelo artigo 1º da Lei 8.971/94 e pelo art. 1º da Lei 9.278/96 - a ter disciplina sistemática na interpretação dos artigos 1.723 e parágrafos, 1.521 e incisos, 1.523 e incisos, 1.724, 1.726 e 1.727:

*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.

Art. 1521. 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.

Art. 1523. 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.

Art. 1724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Em face da nova caracterização expressamente prevista no Código Civil em vigor, os elementos caracterizadores do instituto passaram a ser:

- diversidade de sexos;
- relacionamento com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada, viúva ou separada de fato.
- convivência duradoura;
- publicidade;
- continuidade;
- fidelidade;
- *affectio maritalis*.

Pela análise das características elencadas verifica-se que todas elas devem estar presentes para a configuração da união estável. A ausência de qualquer dos elementos acima impede o reconhecimento de sua formação. Poder-se-ia cogitar que a existência de prole seria fator do reconhecimento da união estável, uma vez que um filho(a) consolidaria a intenção de constituição de família. Discordamos desse modo de pensar, pois não nos parece necessário ser elencada a existência de prole como requisito para sua configuração, devendo tal fato ser apenas considerado como meio de prova.

Todos os elementos descritos, à exceção da *affectio maritalis*, são verificáveis objetivamente. Dos elementos objetivos, os de mais fácil constatação são, sem dúvida, a dualidade de sexos e o estado civil dos companheiros, pois dependem de prova eminentemente documental. Os demais, embora possam ser verificados por prova documental, na maioria das vezes se exteriorizam ao longo do tempo no dia-a-dia, ficando sua prova por conta da verificação por testemunhas.

A *affectio maritalis*, como elemento subjetivo, pode se exteriorizar pela constatação da convivência duradoura, pública, contínua e fiel, muito embora nem sempre haja reciprocidade entre esses elementos; ou seja, nem sempre a verificação da existência de convivência duradoura, pública, contínua e fiel leva à conclusão de que há caracterização de união estável, conquanto não se possa negar que seja um grande indício dessa situação.

A *affectio maritalis*, pela subjetividade, constitui-se na mais intrigante das características da união estável. Enquanto no casamento a *affectio maritalis* é presumida e considerada *a priori*, na união estável ela só se verifica *a posteriori*, com efeitos retroativos ao início da relação.

2.4.1 Diversidade de sexos

Conforme entendimento de José Sebastião de Oliveira, *a união deve se formar entre um homem e uma mulher, e a norma constitucional é por demais clara a respeito: uniões de pessoas do mesmo sexo não constituem uniões estáveis*¹¹⁹.

Assim, andou bem o legislador infraconstitucional ao seguir o preceito da *diversidade de sexos* insculpida no art. 226, § 3º da Constituição Federal, onde se menciona que “*é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...*”. A Lei nº 8.971/94, com a redação do art. 1º, *caput*, falava da *companheira comprovada de um homem* e no parágrafo único se referia “*ao companheiro de mulher...*”. A Lei posterior, nº 9.278/96, em seu art. 1º, com a menção de *homem e mulher* também deixa clara a impossibilidade de reconhecimento da união estável para relacionamentos homossexuais.

Não infringe o princípio da igualdade do art. 3º, inc. IV e do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal¹²⁰ a previsão constitucional do art. 226, § 3º, da *diversidade de sexos* para que se possa considerar a relação como união estável e assim receber

¹¹⁹ OLIVEIRA, José Sebastião. **A família e seus fundamentos constitucionais**. São Paulo: RT, 2002. p. 187.

¹²⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

do Estado a proteção como entidade familiar. A própria Constituição Federal pode nela incluir casos em que se entenda necessária a realização de alguma distinção, como o faz no art. 5º, inc. II, em que permite a diferenciação de idade entre homens e mulheres para fins de aposentadoria (art. 201, §7º), para diferenciação do período de concessão da licença-maternidade e da licença-paternidade (art. 7º, inc XVIII e XIX), dispensa do serviço militar para as mulheres (art. 143, §2º), entre outros. Portanto, se a Constituição Federal não conferiu expressamente às relações homossexuais possibilidade para a configuração da família ou entidade familiar, nada existe nisso de discriminatório ou inconstitucional.

Rainer Czajkowski¹²¹, sobre a dualidade de sexos como condição para caracterização da união estável ensina que

a condição se impõe porque duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face de eventuais filhos. Não se trata, em princípio, de perquirir sobre a qualidade física ou psicológica das relações sexuais entre homossexuais, nem emitir sobre tais relações qualquer julgamento moral. O argumento de que o relacionamento íntimo entre duas pessoas de mesmo sexo afronta os padrões morais médios da sociedade, não é, por si só, suficiente. Mais dia menos dia os padrões morais mudam e, vê-se mesmo, em países mais desenvolvidos, uma tendência de aceitar com relativa normalidade tais relações. O problema é que, em face de algum filho existente, ou pelo menos potencial, duas pessoas do mesmo sexo e homossexuais entre si não podem assumir, concomitantemente, o papel de pai e de mãe. Ter-se-á sempre, por força de intransponível condicionamento biológico, dois pais ou duas mães. Nesta medida, as relações homossexuais – mesmo que exista descendência natural de um deles ou a presença de um filho adotado – agride a idéia de família num dos elementos que lhe é mais próprio.

Entende Helder Martinez Dal Col¹²² que

A sociedade brasileira ainda é receosa em relação ao homossexualismo, tanto masculino como feminino e tão cedo não acolherá com naturalidade a idéia de formação da família fora dos padrões morais estabelecidos.... É de se indagar, com consciência e responsabilidade, quais seriam os efeitos morais e psicológicos

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹²¹ CZAJKOWSKI, Rainer. *op. cit.* p. 55-56.

¹²² DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 82-83.

resultantes da criação e educação de uma criança por uma dupla de pessoas apenas do sexo masculino ou apenas do sexo feminino, visto que, sabidamente, as figuras do pai e da mãe são fundamentais para o seu desenvolvimento, conforme assevera a moderna Psicologia.

Tais argumentos, portanto, levam em consideração os ensinamentos de psicólogos, educadores e médicos, que sempre se referem, em suas obras, ao papel do pai e da mãe na formação e evolução dos bebês e crianças¹²³.

A existência de muitas pessoas que mantêm um relacionamento homossexual é um fato; mas é fato também que tal assunto é tratado com reservas pela maioria da população brasileira, em grande parte nascida e criada na sociedade rígida e conservadora das décadas de 30 a 60, a qual aceita com certa reticências esse tipo de relacionamento. Inclusive na mídia, quando não é tratado com deboche em programas de humor, o homossexualismo é revelado com cuidado pela teledramaturgia, que expõe a relação homossexual mas não permite cenas com troca de beijos e insinuações sexuais explícitas, pois teme não estar a sociedade brasileira preparada para tal demonstração, embora se saiba existente.

No campo jurídico, porém, Maria Berenice Dias,¹²⁴ dentre outros autores, defende posição de que há possibilidade de reconhecimento como entidade familiar da relação homossexual, pois, para a autora:

A Constituição Federal, ao outorgar proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros. No entanto, é meramente exemplificativo o enunciado constitucional ao

¹²³ Vide TIBA, Içami. **Quem ama, educa**. 4. ed. São Paulo: Editora Gente, 2002. (Coleção Integração Relacional); ZAGURY, Tania. **Limites sem trauma**: construindo cidadãos. 47. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002; HOGG, Tracy (com Melinda Blau). **Os segredos de uma encantadora de bebês**: como ter uma relação tranqüila e saudável com seu bebê. Tradução de Maria de Lourdes Gianini. Barueri-SP: Manole, 2002. Original: Secrets of the Baby Whisperer; CHILTON, Howard. **Criando bebês**. (Adaptação por Albertina Piva, Edite Sciulli e Nancy Campi). São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2003. (Original: Baby on board); BIDDULPH, Steve. **Criando meninos**: por que os meninos são diferentes: o que o pai e a mãe podem fazer?: como ajudá-los a se tornarem pessoas felizes e equilibradas. (Tradução de Neuza Capelo) São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2002. (Original: Raising Boys: why boys are different); PREUSCHOFF, Gisela. **Criando meninas**: por que elas ainda são frágeis: como as meninas aprendem?: quando se transformam em mulheres? (Tradução de Stefan Bernwallner) São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2003. (Original: Mädchen!) e; CARR-GREGG, Michael; SHALE, Erin. **Criando adolescentes**: como prepará-los para os desafios da vida (Tradução de Maria Cláudia Alves) São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2003.

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. In: FREITAS, Douglas Phillips (Org.) **Curso de direito de família**. Florianópolis: Editora Voxlegem, 2005. p. 269.

fazer referência expressa somente à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole.

Neste sentido vai também o ensinamento de Mônica Yoshizato Bierwagen¹²⁵

Tal dispositivo, ao contrário dos seus antecessores, não definiu a família, senão pela fórmula genérica ora aludida. Outrossim, ao dispor nos §§ 3.º e 4.º que são entidades familiares a união estável e a família monoparental, não parece ter estabelecido um rol taxativo, porquanto ao “reconhecer” a união estável como entidade familiar, e “entender” assim também a família monoparental, a linguagem empregada não leva, necessariamente, à exclusão de outras entidades, mas, quando muito, somente à explicitação de que aquelas ali arroladas se incluem no conceito de família.

Paulo Luiz Lôbo¹²⁶ também afirma que o caput do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade.

Outros autores, como Juary C. Silva¹²⁷, entendem que o reconhecimento da união estável decorre da interpretação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil¹²⁸. Este último refere que:

a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão unânime, reconheceu união estável entre duas mulheres, concedendo à companheira supérstite 50% dos bens adquiridos durante a convivência. A decisão fora comentada, antes, na coluna social do periódico, dado o seu ineditismo, visto como a previsão legal do companheirismo estável só se refere a pessoas de sexo diverso, na forma do art. 226, § 3º, da Constituição.

E segue:

Entendemos estar esse aresto absolutamente certo, ... Com efeito, não é porque o legislador - ainda que constituinte - enuncia determinada

¹²⁵ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. A proteção da família, a união homossexual e o direito de igualdade. **SaraivaJur**, São Paulo, 13.06.2002. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/>>. Acesso em: 21.out.2006.

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Anais do III congresso de direito de família: família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101. (que também foi mencionada por Maria Berenice Dias em: *Homoafetividade e o direito à diferença*. In: FREITAS, Douglas Phillips (Org.) **Curso de direito de família**. Florianópolis: Editora Voxlegem, 2005. p. 269.

¹²⁷ SILVA, Juary C. Reconhecimento de união estável entre mulheres pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **SaraivaJur**, São Paulo, 28.03.2005. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/>>. Acesso em: 21.out.2006.

¹²⁸ Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. art. 4º: quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

regra, que fica a jurisprudência obstada de decidir em contrário, ante as circunstâncias concretas que envolvem a hipótese trazida a juízo. No caso, trata-se de matéria de Direito Privado, em que mais ainda se exercita a faculdade criadora e conformativa dos Tribunais, em relação aos textos legislativos.

A LICC - Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-Lei n. 4.657/42) enuncia em seu art. 4º como o Juiz deve proceder à colmatagem, isto é, ao preenchimento das lacunas da lei, recomendando a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito. Esses mesmos critérios, e na mesma seqüência, são também preconizados no art. 126, 2ª parte, do Código de Processo Civil.

Na hipótese cuida-se, a toda evidência, de lacuna da lei, o que vale dizer, de matéria que o legislador não normatizou explicitamente. Todavia, os teóricos do Direito prelecionam que este não possui lacunas, que só aparecem no interior das leis singulares, por isso que o ordenamento jurídico global se reveste de caráter sistêmico, disciplinando não apenas o que comumente ocorre, senão também aquilo que sucede tão-só de raro em raro, mas que se subsume nos casos previstos, mediante os critérios e fórmulas excogitados pelo legislador, a fim de colmatar as lacunas.

Outros argumentos sociopsicológicos também foram desenvolvidos para justificar a possibilidade de reconhecimento de entidade familiar a casais homossexuais, pois se afirma nada haver que comprove que a criação de filhos por casal homossexual afetaria negativamente a sua personalidade e sua formação. Afirma-se inclusive que a tendência homossexual não advém do exemplo que se tem em casa, pois, se assim fosse, filhos de pais heterossexuais que cumpriram com seus respectivos papéis na educação de sua prole não poderiam ser homossexuais.

Silvio de Salvo Venosa¹²⁹ bem observa que:

Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso País, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato. No entanto, crescem os julgados e os movimentos no sentido de que esses direitos ganhem maior amplitude. Será uma questão de tempo mais ou menos longo para a lei admitir direitos mais ou menos amplos às relações afetivas e duradouras a pessoas do mesmo sexo.

Dentre esses julgados, apenas a título de exemplificação, destaca-se a decisão do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que, no Recurso Especial

¹²⁹ **Direito Civil:** direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2003.

(REsp) nº 24.564,¹³⁰ modificou o acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Pará, com a seguinte ementa:

Registro de Candidato. Candidata ao Cargo de Prefeito. Relação Estável Homossexual. Com a Prefeita Reeleita do Município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.

Negando o Tribunal Superior Eleitoral – TSE o registro da candidatura à Prefeitura de Viseu, município do Estado do Pará, para a deputada estadual Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes (PFL) por ser ela “companheira” da atual prefeita (reeleita em 2000) Astrid Maria Cunha e Silva, admitiu o tribunal a existência de união estável de um casal homossexual feminino.

O eminente relator do referido recurso, Ministro Gilmar Mendes salientou que o STF - Supremo Tribunal Federal já se posicionou favoravelmente ao reconhecimento de direitos previdenciários e patrimoniais entre companheiros, e mesmo que não se admita a relação homossexual como entidade familiar, salientou haver fortes laços afetivos, assim como os há no casamento ou na união estável.

Vitor F. Kümpel,¹³¹ comentando o referido acórdão, ensina que a decisã:

não é só inovadora por contrariar o texto constitucional do art. 226, § 3º, o qual salienta haver entidade familiar apenas entre homem e mulher, proibindo expressamente a recepção do homossexualismo como norma familiar. Aliás, o Código Civil de 2002 também rechaça expressamente qualquer proteção familiar às relações homossexuais. O art. 1.514, por exemplo, deixa claro que o casamento se realiza no momento no qual o homem e a mulher manifestam vontade de estabelecer vínculo conjugal perante o juiz, e este os declara casados. O art. 1.565 estabelece que, pelo casamento, homem e mulher tornam-se consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos familiares. O art. 1.622 determina que a adoção só pode ser feita por duas pessoas se forem marido e mulher ou se viverem em união estável, nos moldes do art. 226, § 3º. O art. 1.694 dispõe que alimentos só podem ser pleiteados por parentes, cônjuges ou companheiros (art. 226, § 3º). O art. 1.723, ao tratar da união estável, deixa claro que ela só pode ser constituída entre homem e

¹³⁰ TSE, REsp n. 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1º.10.2004.

¹³¹ KÜMPEL, Vitor F. Breves reflexões sobre o homossexualismo. **CD Jur Magister Conteúdo Jurídico Brasileiro**, Porto Alegre: Editora Magister, jun-jul-2006.

mulher. O art. 1.727 conceitua concubinato como relação não eventual, entre homem e mulher, que afronta o casamento.

E complementa:

a decisão é muito mais do que inovadora, pois não só estabeleceu uma analogia, em norma restritiva de direitos, como equiparou os institutos constitucionalmente díspares. Sem levar em conta se há ou não a mesma ratio entre união estável homossexual e união estável heterossexual, para considerar ambas entidades familiares, estabeleceu a Corte Eleitoral uma relação de coordenação, ou seja, fixou um dever, e, sem perceber, criou uma faculdade, pois, nas relações de coordenação, a todo dever fixa-se um direito. O Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que, sistematicamente, nas relações de coordenação, por serem normas de conduta, como no caso em questão, o dever imposto pelo Estado às relações homossexuais, equiparando-as às relações familiares, implica a faculdade de o homossexual exigir que o Estado lhe garanta os mesmos direitos da família.

Dessa forma, fica a questão dos efeitos do precedente jurisprudencial vir a caracterizar relações familiares, em que, citando pessoas como as parceiras Maria Eulina e Astrid Maria, possam, a partir de agora, exigir o direito de adoção; obrigação alimentar recíproca; direito sucessório mútuo e a meação de bens, entre tantos outros direitos familiares. Ressaltando que, como foram equiparadas a pessoas casadas e vivendo uma união estável (por serem consideradas inelegíveis), por que, então, ao mesmo tempo, não poderiam usufruir dos direitos acima mencionados?

Muito embora se constate que o sistema jurídico, em sua maioria, repudia o reconhecimento da relação homossexual como entidade familiar, não se nega que as relações entre pessoas do mesmo sexo geram efeitos jurídicos para os seus partícipes e para com terceiros.

Fora a discussão sobre o reconhecimento da união estável entre homossexuais, existe aquela que esbarra no direito do transexual que se predispõe a extirpar o órgão reprodutor, modificando-se anatomicamente para o outro sexo, por cirurgia plástica.

Não há negar que entre os direitos da personalidade se encontra o direito de dispor do próprio corpo, com exceção, ainda assim polêmica, da aceitação da eutanásia. Uma pessoa que tem tendência a manifestar-se sexualmente com o sexo oposto ao que biologicamente a natureza lhe conferiu não teria o direito de mudar de

sexo? Sobre o assunto, o jurista Luis Alberto David Araújo¹³² posiciona-se no sentido de que, uma vez operado, o transexual tem direito à alteração de seu registro civil. E justifica:

Com a alteração do sexo, por meio da cirurgia, a pessoa tem direito à alteração de seu prenome. Não seria razoável alguém, com corpo de mulher, com aparência de mulher, ter um nome masculino. Da mesma forma, alguém com corpo de homem, com aparência de homem, carregar um nome feminino. Seria uma incongruência do sistema jurídico. Imaginemos um caso concreto, conhecido de todos: Roberta Close tem seu nome mantido, pelo Poder Judiciário, como Luiz Roberto. As dificuldades são evidentes. Uma pergunta pedestre e atual poderia ser feita: que banheiro público ela deveria usar? O banheiro masculino, seria a resposta do Direito (já que não lhe foi deferida a mudança de nome). O banheiro feminino, seria a resposta dos que aceitam a alteração de sua aparência, entregando-lhe um novo nome. Mas imaginemos o constrangimento para a entrada em um banheiro masculino (pois, pela situação não amparada pelo Direito, este seria o espaço público que deveria frequentar). Pode-se afirmar que o indivíduo transexual, sem a alteração de seu nome, seria feliz? O sistema, como já afirmado acima, deve patrocinar a felicidade, não o constrangimento e a infelicidade.

Mudando-se de sexo e havendo a possibilidade de mudança no registro civil, cumpriria reconhecer a união estável onde uma anterior relação homossexual se modificou para heterossexual.

Não obstante, as entidades familiares elencadas na Constituição Federal são de interpretação restritiva, não podendo o intérprete elastecer-se para além das hipóteses expressamente previstas nos parágrafos do art. 226 da Constituição Federal. Justifica-se o entendimento, pois o § 3º do art. 226 alerta que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, sabendo-se que apenas se admite o casamento de pessoas de sexos opostos¹³³.

Além do casamento e da união estável, inovou o constituinte de 1988 quando previu expressamente, no art. 226, § 4º da Constituição Federal, como forma de entidade familiar, *a comunidade formada por qualquer dos pais e seus*

¹³² ARAÚJO, Luis Alberto David. Direitos do transexual. **SaraivaJur**, São Paulo, 25.06.2001. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/>>. Acesso em: 21.out.2006.

¹³³ Também neste sentido alerta Valdemar P. da Luz, comentando o art. 1.726 do Código Civil em vigor, que exige-se para conversão da união estável em casamento os mesmos requisitos exigidos no processo de

descendentes. Tal dispositivo, ao contrário das formas de entidade familiar anteriores, tem como referência a relação entre um dos genitores e sua prole, sendo totalmente dispensável a análise da diversidade de sexos.

Poder-se-ia discutir a possibilidade de constituição da família monoparental, *cuj a entidade familiar se configura, neste caso, com um dos parceiros e seu filho natural ou adotado, por força do art. 226, §4º da Constituição, com exclusão necessária do outro parceiro do mesmo sexo*¹³⁴. Todavia, se a diversidade de sexos na relação é requisito para a configuração da entidade familiar pela união estável, não o será para demonstrar a existência de *sociedade de fato*, onde será possível verificar se houve formação de patrimônio comum, com a conseqüente divisão em relação ao esforço pessoal de cada um dos(as) parceiros(as)¹³⁵⁻¹³⁶.

Assevera Marilena Silveira Guimarães:

*Preventivamente, os casais homossexuais podem adotar algumas providências. Os parceiros homossexuais poderão compor um contrato de convivência estabelecendo cláusulas quanto ao destino dos bens acumulados conjuntamente em caso de separação, mas este documento somente terá validade entre as partes. Outra solução bastante comum é a de testar em favor do parceiro, uma vez que nenhuma proibição legal existe neste sentido. Melhor seria que, ao adquirir um bem, os parceiros fizessem constar, no documento de aquisição, o condomínio existente entre eles*¹³⁷.

habilitação ao casamento. (LUZ, Valdemar P. da. **Comentários ao código civil: direito de família**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. p. 273 e 279.)

¹³⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. *op cit.* p. 55-56. Apesar do posicionamento do referido jurista, no Brasil, já existem três decisões judiciais autorizando a adoção por casais homossexuais. A última ocorreu na Comarca de Catanduvas, interior de São Paulo, conforme notícia amplamente divulgada em novembro de 2006 (<http://www.estadao.com.br/ultimas/cidades/noticias/2006/nov/22/315.htm>)

¹³⁵ No entanto lembra Nágila Maria Sales Brito que “existe em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei visando legalizar as uniões homossexuais, de autoria da deputada Marta Suplicy” que prevê o reconhecimento da união civil de duas pessoas do mesmo sexo com vista a surtir efeitos com relação a direitos de propriedade e sucessórios, inclusive com registro em Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. (BRITO, Nágila Maria Sales. *op cit.* p. 49).

¹³⁶ Marilene Silveira Guimarães defende que “a sociedade de fato é fundamentada em um vínculo obrigacional, enquanto o fundamento da união homossexual é afetivo, psicológico. Não ocorre uma sociedade de fato, e sim uma sociedade de afetos (GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Reflexões acerca da questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, 1995, p. 205). Apesar da verdade sobre a afirmação como anteriormente exposto, existe assim mesmo uma barreira biológica que impede a caracterização de uma família nos moldes estabelecidos até então pela sociedade e pela igreja, e traduzida nas inúmeras normas que prevêm direitos e deveres com efeitos no campo pessoal e patrimonial apenas para os relacionamentos afetivos entre casal, homem e mulher.

¹³⁷ GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Reflexões acerca da questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. v. 2. São Paulo: RT, 1995. p. 205.

Sem dúvida, um dos mais polêmicos requisitos para a caracterização da união estável reside na dualidade de sexos, haja vista que todos os outros elementos podem estar configurados, inclusive a *affectio maritalis*, porém, sem a diversidade de sexos, obsta o texto constitucional a admissão da existência da união estável como entidade familiar.

2.4.2 Da qualificação civil das pessoas

Elemento objetivo para caracterização do instituto, a qualificação civil das pessoas se perfaz pela simples verificação documental, que revela o estado civil até então adotado pelos partícipes da relação de união estável.

A legislação brasileira, formalmente admite os estados civis de solteiro(a), casado(a), separado(a) judicialmente, divorciado(a) e viúvo(a). O art. 1º da Lei nº 8.971/94 designava quem poderia estar apto a manter um relacionamento de união estável. Aos partícipes dessa relação, o mencionado diploma denominou-os *conviventes*.

O referido dispositivo não fazia alusão aos separados de fato, o que levava à interpretação de que a união estável não poderia ser configurada enquanto as pessoas fossem casadas. No entanto, em face da possibilidade de realização de divórcio com mais de dois anos de separação de fato, tal raciocínio passou a ser extensível aos companheiros; ou seja, havendo comprovação de mais de dois anos de separação de fato, admitia-se a configuração da união estável, mesmo sendo omissa a esse respeito a Lei 8.971/1994.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.245/96, o seu art. 1º não fez menção ao estado civil para caracterização da união estável. Mesmo para os defensores da ab-rogação da Lei 8.971/94 pela Lei 9.278/96 o problema parecia ser de alta indagação, já que, caso se considerassem somente os artigos 1º e 2º desta última lei como norteadores da configuração da união estável, estar-se-ia livre para detectar os casos de impedimento por falta de norma previsora das pessoas impedidas de formar uma união estável.

Para aqueles que reconheciam a derrogação da Lei 8.971/94 na parte incompatível com a Lei 9.278/96, poder-se-ia afirmar que se deveria dar cumprimento à exigência do art. 1º da Lei 8.971/94 de que os companheiros fossem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Em vista disso, alguns defendiam que os casos do art. 1º da Lei 8.971/94 constituiriam *numerus clausus*, não podendo ser ampliados pelo intérprete e pelo aplicador do Direito. É certo, portanto, que, por interpretação literal deste dispositivo, se um ou ambos os companheiros fosse(m) solteiro(s), separado(s) judicialmente, divorciado(s) ou viúvo(s), provada a existência dos outros elementos que caracterizam a união estável, esta poderia ser reconhecida. Tal dispositivo vinha em consonância com o disposto nas normas relativas ao casamento e sua dissolução (Código Civil e Lei do Divórcio). Em todos esses casos, punha-se termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, de modo que as relações posteriores a estes estados não repercutiam em indagações de efeito patrimonial suscetível de maiores controvérsias.

Outros que também defendiam a ab-rogação da Lei 8.971/94 firmaram posicionamento baseado no disposto no art. 226, § 3º, última parte, da Constituição Federal, que prevê: "... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Se tal parâmetro a Constituição Federal preconizou para união estável, esta teria preferência em ser reconhecida aos sujeitos da relação estável desimpedidas para se casar. Negar-se-ia, portanto, aos separados judicialmente, que se configurasse a união estável, pois, pela norma do art. 2º, parágrafo único da Lei 6.515/77: "o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio". A separação judicial, por somente encerrar a existência da sociedade conjugal, não dissolveria o casamento, que só pode ser contraído novamente em havendo divórcio ou estado de viuvez. No entanto, ao nosso ver, a melhor interpretação para a delimitação dos sujeitos da união estável seria a aplicação do disposto no art. 1º da Lei 8.971/94 acrescentando-se, caso a caso, a hipótese de existência de separação de fato durante a vigência das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96.

O Código Civil em vigor tratou de pôr fim à discussão, prevendo expressamente, em seu art. 1.723, § 1º¹³⁸, a possibilidade de formação da união estável também para os separados de fato. Assim, em todas as outras formas de estado civil legalmente instituídas, inclusive na de casado, possibilita-se a configuração da união estável. A existência de impedimento matrimonial não se admite mais como requisito desconfigurador da união estável.

Antônio Carlos Mathias Coltro¹³⁹, mesmo antes da vigência do Código Civil em vigor, já se posicionava favorável à possibilidade de configuração da união estável de pessoas casadas mas separadas de fato, desde que, logicamente, realizada com uma única pessoa, excluindo a possibilidade de manutenção de diversos(as) companheiros(as):

Não se pode falar em solução contrária poderia dar causa, por equivalência, ao reconhecimento sobre a possibilidade da bigamia! união livre lícita quando sejam mantidos diversos companheiros, uma vez que

Na hipótese comentada não se enquadra a situação, por exemplo, do homem casado e que esteja separado de fato de sua mulher, convivendo com outra, em união de fato estável, que não pode ser prejudicada pela circunstância de não se ter, ainda, concretizado a separação legal com a primeira. A esse respeito, mais uma crítica coube à Lei 8.971/94, 'quando atribui direitos somente aos solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvas. Em nossa sociedade é comum haver uniões estáveis entre pessoas que estão separadas de fato de seus ex-cônjuges há muitos anos e que constituem família e patrimônio (sociedade de fato) com outra pessoa'.

Apesar de o Código Civil em vigor expressamente admitir a configuração da união estável para as pessoas casadas mas separadas de fato, controvérsias certamente advirão, em consideração ao aspecto temporal da incidência das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. Cabendo o reconhecimento da união estável para pessoas casadas mas separadas de fato somente a partir de 11 de janeiro de 2003, como ficam as situações anteriores à entrada em vigor do atual Código Civil?

¹³⁸ Art. 1723. 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.

¹³⁹ COLTRO, Antonio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais, São Paulo: RT, 1996. p. 39-40.

Como assevera, Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁴⁰, as maiores controvérsias “surtem justamente quando ocorre no plano fático, na vida prática, um *conflito* entre a ‘entidade familiar’ e um casamento que, como se diz na linguagem coloquial, só existe ‘no papel’”. A autora ainda ilustra o problema com um exemplo de acréscimo de patrimônio pela via hereditária quando os cônjuges casados estão separados de fato, e indaga: “Teria a mulher ‘legítima’ do herdeiro, após longos anos de separação de fato, e depois de este já ter se unido a outra mulher formando uma ‘entidade familiar’, direito à sua meação?”

Aqui, verifica-se a luta entre a observância dos aspectos formais do casamento e a existência de uma situação real no plano fático. Entende-se que aqui deve prevalecer não a letra fria e literal da lei, mas uma interpretação nas bases do instituto do casamento.

Sabe-se que o *affectio maritalis* tem suma importância na constituição do casamento. Não é o desejo de formação de patrimônio comum ou de satisfazer ao ímpeto sexual que levam as pessoas a se casarem: é, principalmente, a intenção de perpetuar uma relação a dois, que só se consegue com o respeito mútuo, a compreensão das diferenças e a troca contínua de carinho e afeição. É a sua ausência que acarreta uma vida insuportável em comum e a continuação do matrimônio. Pode ocorrer então, por meios judiciais, a separação litigiosa ou consensual, ou, após a separação de fato pelo período de 2(dois) anos, o divórcio direto.

Se para a concessão do divórcio direto se exige o lapso de dois anos de separação de fato, que tanto pode se dar por medida judicial cautelar de separação de corpos para início da contagem de tempo como, no plano eminentemente fático, pela separação pura e simples, como negar que nesse período se possa configurar, por parte de qualquer dos separandos, um novo relacionamento afetivo com outra pessoa com a existência de *affectio maritalis*?

Frisa-se que a palavra separação só possui significado jurídico quando empregada para a dissolução da sociedade conjugal, ou seja, para o direito, só há

¹⁴⁰ PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, São Paulo: RT, v. 1, p. 82, 1993.

separação se se tratar de separação entre cônjuges. Em sentido *lato*, portanto, pode o vocábulo “separação” significar apenas uma ruptura, um corte, o ato decorrente da cisão de uma relação qualquer, inclusive entre cônjuges. Pode-se dizer que há separação no namoro e separação de cônjuges. No primeiro caso, empregada em linguagem coloquial, não é reconhecida juridicamente, e no segundo pode ser considerada em dois sentidos: separação judicial ou separação de fato. Ney de Mello Almada¹⁴¹ entende “por separação de fato a situação resultante da quebra da coabitação, praticada por um dos cônjuges, ou por ambos, à revelia de intervenção judicial, e em caráter irreversível”.

É nessa situação da separação de fato, sem que haja separação judicial, que se analisa a possibilidade da formação de um novo vínculo afetivo. Inúmeros autores, entre os quais Wagner Bertolini,¹⁴² posicionam-se favoravelmente a esse entendimento:

Entendemos fazer-se necessário não deixarmos que sejam excluídos aqueles que vieram a estabelecer uma união com alguém ainda vinculado pelos laços matrimoniais, mas já separados de fato, notadamente se levarmos em conta que tal situação é constantemente encontrada em nossa sociedade, principalmente, na camada mais carente da população, o que nos leva à conclusão de que entendimento em contrário estaria proporcionando enorme injustiça e afastando a finalidade buscada pelo legislador ao regulamentar a matéria.

Ney de Mello Almada, em frase eloqüente, distinguia a separação de fato e a união estável, dizendo que aquela “é um casamento sem comunhão de vidas, um elo de direito sem vinculação fática, ao passo que a segunda é um não-casamento em que vigora a vida em comum, um elo de fato sem vinculação jurídica. A primeira está para o divórcio como a união livre se coloca para o matrimônio: esta constitui

¹⁴¹ ALMADA, Ney de Mello. Separação de fato. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, São Paulo: RT, v. 2, p. 2008-209, 1995. Explica o autor de sua definição “de depreendem dois elementos fundamentais: a) subjetivo, o intento de cindir a vida em comum; b) objetivo, o divórcio corpóreo. É pressuposto natural o casamento válido, não se reconhecendo nos separados um estado civil novo, como ocorreria na separação judicial ou no divórcio”. Adverte ainda que “a voluntariedade reponta como nota exponencial, a ela se conjugando o requisito da irreversibilidade, consistente no ânimo definitivo alimentado pelos separados, que não mais desejam o casamento em sua constância. Sem a voluntariedade irreversível inexistente separação de fato em sentido jurídico.

¹⁴² BERTOLINI, Wagner. **A união estável e seus efeitos patrimoniais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 87.

um matrimônio de fato, ao passo que a separação de fato assemelha-se a um divórcio de fato”¹⁴³.

Apesar de perfeitamente distinguível a separação de fato da união estável, como demonstrou o autor acima, é a conjunção das duas relações por uma só pessoa que pode gerar as mais polêmicas controvérsias acerca dos efeitos patrimoniais embasadas no regime de bens, quer se trate de comunhão universal de bens, quer de comunhão parcial. Poderia, então, qualquer dos cônjuges separados de fato constituir uma relação de união estável? No plano fático é perfeitamente possível e viável; porém, teria amparo jurídico em favor da(o) companheira(o) o deferimento de sua meação quanto aos bens adquiridos em comum com seu companheiro na constância da separação de fato se este, legalmente, é casado no regime da comunhão total ou parcial de bens?

Assevera-se que, por critério de justiça, devem os bens adquiridos na constância da separação de fato de um dos cônjuges serem partilhados com o(a) companheira(o), não podendo o cônjuge reclamar a metade dos bens de seu marido (ou mulher) baseado somente no regime de bens se não contribuiu para sua formação durante a separação de fato, mesmo sob a égide das leis 8.971/1994 e 9.278/1996.

Não obstante, se rejeitada esta tese, anterior à entrada em vigor do atual Código Civil, de modo a tornar-se impossível o reconhecimento de formação da união estável durante o período em que um ou ambos os companheiros permaneça(m) em separação de fato porque um ou ambos os cônjuges permanece(m) casado(s), ao menos deverá ser considerada a existência de uma sociedade de fato, pertencendo aos “sócios” a metade dos bens adquiridos, com o gravame de que, no caso dos que forem casados, metade pertencerá ao cônjuge, se o regime for o da comunhão total ou parcial de bens.

O problema parece mais grave nos casos em que a situação da separação de fato perdure por anos a fio, com a construção de um patrimônio considerável por parte do(a) companheiro(a) casado(a), muitas vezes já tendo filhos com o(a) novo(a)

¹⁴³ ALMADA, Ney de Mello. Separação de fato. p. 209.

companheiro(a) advindos desse relacionamento informal mas duradouro e com intenção de permanência.

Entende-se que a melhor solução continua sendo a primeira, em consonância com o parecer emitido pela ilustre jurista Teresa Arruda Alvim Wambier sob o seguinte raciocínio: *Pensamos que a razão de ser das regras relativas à comunhão de bens entre os cônjuges é a existência real e concreta de uma vida em comum, de uma comunhão de vida. Não tem sentido jurídico aplicar-se o regime de comunhão de bens a um 'casal' que nem mais casal é, que não tem comunhão de vida ou de qualquer outros interesses, salvo os patrimoniais.*¹⁴⁴

Desta forma, sempre fomos pela procedência de se admitir que tanto os solteiros, separados judicialmente, divorciados e viúvos quanto os casados mas separados de fato¹⁴⁵ poderiam constituir uma relação de união estável, mesmo antes da entrada em vigor do atual Código Civil, com a meação do patrimônio adquirido pelo esforço comum somente entre os companheiros, sem que se possibilite, neste último caso, a divisão do patrimônio com o cônjuge ainda legalmente casado com um dos companheiros com o qual já constituiu relação de união estável.

2.4.3 Convivência duradoura

Semy Glanz, anteriormente à edição das leis 8.971/94 e 9.278/96, definia a união estável como *a união duradoura entre homem e mulher, formadora de família, sem casamento*¹⁴⁶

A intenção de constituição de uma união duradoura deve existir para que a relação possa ser considerada estável, e assim tratada como entidade familiar;

¹⁴⁴ Antes, Teresa Arruda Alvim Pinto (PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais civis e processuais**, v. 1, 1993, p. 84.

¹⁴⁵ Neste sentido também Francisco José Cahali (**União estável e alimentos entre companheiros**, p. 80-81): “Não se pode negar o acerto da orientação doutrinária e jurisprudencial admitindo a caracterização de união estável mesmo se um ou ambos forem casados, desde que separados de fato. Efetivamente, a separação de fato põe termo ao regime de bens e aos deveres do casamento, dentre eles coabitação e fidelidade. Em assim sendo, tornam-se os cônjuges separados de fato desimpedidos para constituírem nova família através da união estável”. (In, OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 90 e PARIZATTO, João Roberto. *op. cit.* p. 80).

¹⁴⁶ GLANZ, Semy. União estável. **Revista dos Tribunais**, v. 676. São Paulo: RT, fev. 1992. p. 14-27.

porém a expressão “duradoura” deve ser interpretada não pelo sentido objetivo-temporal, mas sim, pelo liame subjetivo dos companheiros em quererem constituir uma família, porquanto muitas vezes namoros podem ser duradouros sem a intenção de constituição de família.

É correto afirmar que a certeza de continuidade na manutenção da relação não se realiza de um momento para o outro. *É com o passar do tempo*¹⁴⁷ que se cristaliza a subsistência de uma relação íntima, com noção de seriedade e de solidez. O lapso temporal é o que pode diferenciar o simples namoro ou as relações esporádicas da união estável. Aqueles, momentâneos, não passam de encontros passageiros, sem nenhum propósito de formação familiar, e esta, duradoura, transcende os ímpetos de uma relação furtiva para se transformar em realidade sólida, com comunhão de afetos e conhecimento profundo dos companheiros¹⁴⁸.

A exigência da convivência duradoura, prevista anteriormente no art. 1º da Lei 9.278/96 e mantida na redação do art. 1.523 do Código Civil em vigor, deixou para os operadores do direito a missão de verificar, caso a caso, a variação do lapso temporal necessário para que a convivência pudesse ser considerada estável. A redação do art. 1º da Lei 9.278/96 veio a corrigir as críticas da doutrina sobre a limitação temporal imposta no art. 1º da Lei 8.971/94, que prescrevia friamente o transcurso de pelo menos cinco anos de convivência - ou menos, caso houvesse prole - para caracterização da união estável. Não obstante, a discussão permaneceu acalorada nos meios jurídicos em face do projeto de lei nº 2.686/96, que em seu art. 1º¹⁴⁹ alterava o art. 1º da Lei 9.278/96, prestigiando novamente a redação do art. 1º da Lei 8.971/94 ao reintroduzir o limitador temporal de cinco anos, em não havendo prole comum, ou de dois anos, se houvesse filhos comuns dos companheiros.

¹⁴⁷ CZAJKOWSKI, *op cit.* p. 68.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, Zeno Veloso: “A união, além de notória, tem de ser duradoura e contínua. Vale dizer: não pode ser circunstancial, momentânea, episódica, eventual, intermitente. Aventuras amorosas, relações efêmeras, meras aproximações para satisfação de vaidades e apetites sexuais, o que se tem chamado de ‘concubinagem’, ‘amizade colorida’ etc., não constituem por óbvio, união estável, com os graves efeitos – inclusive patrimoniais – que esta proporciona”. (VELOSO, Zeno. **União estável**. Belém, Cejup, 1997, p. 71).

¹⁴⁹ Art. 1º do projeto de lei nº 2.686/96: “É reconhecida como união estável a convivência, por período superior a cinco anos, sob o mesmo teto, como se casados fossem, entre um homem e uma mulher, não impedidos de realizar matrimônio ou separados de direito ou de fato dos respectivos cônjuges. Parágrafo único. O prazo previsto no *caput* deste artigo poderá ser reduzido a dois anos quando houver filho comum”.

Tal período estipulado pelo legislador influiu na regra da Lei nº 6.515/1977, que exigia cinco anos de separação de fato para concessão da separação judicial, como também nas normas previdenciárias, que tinham como referência o período de cinco anos para concessão de benefícios decorrentes da configuração da união estável¹⁵⁰⁻¹⁵¹.

A veemente crítica em relação ao lapso de cinco como elemento objetivo para a caracterização da união estável se fazia aceitável, porquanto se sabe ser perfeitamente possível um casal alimentar o propósito de constituir uma união duradoura em período inferior a cinco anos, período que, por força de lei, não poderá caracterizar como estável a relação. Ora, se é cediço que uma boa parcela dos casamentos celebrados ocorre com menos de cinco anos de conhecimento mútuo, qual o motivo da introdução do critério objetivo se, subjetivamente, em ambas as relações existe o propósito da convivência duradoura, pública e contínua? Ao nosso ver, nenhum; e neste ponto, o projeto de lei que dispunha sobre o estatuto da união estável significava um retrocesso à conquista do art. 1º da Lei 9278/96.

A Lei 8.971/94, no seu art. 1º, e o Projeto de Lei 2.686/96, também no seu art. 1º, procurando fixar um prazo necessário para que a união fosse considerada estável, foi infeliz ao se esquecer de atentar mais para a qualidade da relação e julgá-la pela adoção do critério frio e objetivo do lapso temporal.

Sem dúvida, injusto seria não caracterizar a existência de união estável se presentes todos os outros requisitos exigidos para isso, mas, pouco antes de se completar o período de cinco anos, pelas mais diversas circunstâncias, venha a romper-se o relacionamento.

Rejane Brasil Filippi¹⁵² citada por Antônio Carlos Mathias Coltro¹⁵³ observa que: “a Constituição não previu a hipótese de duração mínima dessa união. Ao contrário, previu seu reconhecimento como entidade familiar, equiparando-a, assim,

¹⁵⁰ A exemplo do inc. VII, do art. 2º, da Lei nº 8.059 de 4 de julho de 1990 que disciplina a pensão especial para ex-combatentes da segunda guerra mundial e seus dependentes: Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VII - companheira que tenha filho comum com o ex-combatente ou com ele viva no mínimo há 5 (cinco) anos, em união estável

¹⁵¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. p. 33.

¹⁵² FILIPPI, Rejane Brasil. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, 25.01.1995, p. 19.

à família constituída pelo casamento, ambas merecedoras da proteção do Estado, sem mencionar requisitos de ‘tempo’ ou ‘duração’”. Eduardo de Oliveira Leite também indagava sobre a inconstitucionalidade da inclusão do elemento temporal para configuração da união estável¹⁵⁴.

O lapso temporal é importante critério objetivo, pois representa a durabilidade na relação; mas nunca pode ser previsto como critério cerceador da caracterização da união estável entre homem e mulher em decorrência de prazos mínimos para sua constatação.

É certo que *a união estável não prescinde do aspecto temporal, entretanto, este não pode ser um paradigma inflexível, pois a convivência more uxorio é consubstanciada por todo um conjunto probatório, o qual deve guardar harmonia no sentido de configurar a relação estável e duradoura, pública e notória, entre os conviventes*¹⁵⁵. Felizmente o projeto de lei nº 2686/1996 foi devidamente arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 02.12.2004, acolhendo a justificação do relator da Comissão de Seguridade Social e Família de 23.09.2004, que entendeu haver a promulgação do Código Civil em vigor regulado suficientemente o instituto da união estável.

Poderiam alguns argumentar que, sem a presença de um delimitador temporal, poder-se-iam entender abrangidas indiscriminadamente todas as relações afetivas; porém, claramente, não foi isso o que quis determinar o legislador, que, por isso, expressamente, considerou um conjunto de requisitos - como a publicidade, a continuidade, a estabilidade e a *affectio maritalis* - como elementos caracterizadores fundamentais para configuração da união estável, afastando deste rol toda e qualquer relação esporádica, avulsa e descomprometida.

Rodrigo da Cunha Pereira adverte que, embora o prazo de mais ou menos cinco anos possa servir de referencial, o que interessa sobre o tempo é que ele

¹⁵³ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. v. 3, São Paulo: RT, 1996, p. 33.

¹⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Síntese de direito civil**. p. 94.

¹⁵⁵ TRF -1ª Região, REO 2001.01.00.027902-0; MG, Primeira Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Antonio Claudio Macedo da Silva, Julg. 21/09/2005, DJU 24/10/2005; Pág. 18

represente a estabilidade da relação¹⁵⁶ Correta, portanto, a redação do art. 1º da Lei 9.278/96, mantida pelo art. 1.723 do Código Civil em vigor, que deixou a avaliação do critério da convivência duradoura por conta de uma série de outros elementos, como a publicidade da relação como se houvesse casamento, estabilidade, continuidade, formação de patrimônio comum, eventual nascimento de filhos comuns.

2.4.4 Publicidade

O art. 1º da Lei 9.278/96 faz referência à “convivência pública” da relação, expressão que alguns autores substituem, preferencialmente, por *notoriedade*.

Devem os companheiros, para configurar a união estável, cuidar que esta não seja sigilosa, desconhecida das pessoas, secreta, vivida às escondidas; porém este é um requisito que merece atenção, pois, embora seja tanto mais evidente a existência da união estável quanto maior for a publicidade, diante das expressões terminológicas é perfeitamente possível que a relação seja discreta, havendo apenas um círculo reduzido de pessoas conhecedoras daquela situação de união. Se estas pessoas atestam por testemunho próprio o relacionamento entre os companheiros, logicamente não há falar em absoluto sigilo ou desconhecimento. Assim, o que se exige não é a publicidade geral, de todas as pessoas com quem os companheiros convivam. Basta que a relação não seja absolutamente secreta, o que poderá ser provado por meio de alguma evidência, normalmente por prova testemunhal ou documental, da exteriorização perante terceiros da convivência estabelecida.

Rainer Czajkowski ensina que

publicidade de união estável não se confunde com vida em comum, more uxorio, que é característica secundária; nem com a publicidade do casamento. Não importa que o círculo de parentes, amigos e vizinhos, saiba que os parceiros não são casados; importa que saibam que há, ou houve, comunhão de vida estável entre eles. Publicidade, aqui, é conhecimento da união por outras pessoas, não é necessariamente aparência de casamento. Publicidade do casamento é diferente, é presumida e surge a priori na celebração e com o registro. A

¹⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. p. 33.

*notoriedade que se pretende caracterizar na união livre é gradativa, e só se estabelece com a continuidade da relação*¹⁵⁷.

Isto porque, inicialmente, a relação entre duas pessoas não é estável, mas simples namoro. Mesmo que, após uma duradoura temporada, seja mantida a relação, não entendemos que aquele período de conhecimento inicial possa ser computado para a caracterização de união estável. É necessário separar os períodos de namoro e união estável, pois a estabilidade contínua da relação só se inicia com o firme propósito de constituição de família.

Não sendo instantânea a configuração da união estável, a fixação do termo a *quo* tem sido um tormento para o Judiciário, haja vista que a divisão patrimonial depende da determinação do início da relação.

2.4.5 Fidelidade

Embora não relacionada no art. 1º da Lei 9.278/96, a fidelidade está elencada no art. 2º do mesmo diploma, que exige no inciso I o “respeito e consideração mútuos”.

A fidelidade é elemento que proporciona a estabilidade, a certeza da constituição da família e a possível conversão do casamento sem que haja risco de ruptura logo no seu início por haver infidelidade no casal, um dos componentes dividindo seu tempo com uma terceira pessoa.

Esta exigência afasta a incidência de reconhecimento da união estável às relações esporádicas, pois estas são contrárias à firmeza das afeições e do respeito mútuo de sentimentos que a moral e os bons costumes impõem para a configuração de qualquer relação com fins de constituição de família.

Segundo Rainer Czajkowski¹⁵⁸ ,:

¹⁵⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. *op cit.* p. 75. Em sentido contrário: PARIZATTO, João Roberto. *op. cit.* p. 73, que opina no sentido de que: “Tem-se assim que a união estável deve ser conhecida das pessoas, pois que o casamento o é. Devem os concubinos dar a aparência de que são casados e que vivem nessa condição”.

¹⁵⁸ CZAJKOWSKI, Rainer. *op. cit.* p. 76.

Não existe propriamente dever de fidelidade entre os parceiros. Mas deve haver exclusividade das relações sexuais, ou aparente fidelidade, como querem alguns, para caracterizar a seriedade da união e evitar o albergue de situações promíscuas. Se a deslealdade sexual de um dos parceiros for evento insuperável pelo outro, explica-se a ruptura da união, podendo advir, daí, algum efeito, agora patrimonial. Quando que a 'infidelidade' de um tem relevância como causa da ruptura? Só quando a relação puder ser caracterizada como estável. Aí haverá, juridicamente, desrespeito e desconsideração (art. 2º, I). Antes de ser estável, a 'infidelidade' é moral, não jurídica; explica o rompimento, mas não houve família.

Também o escólio de Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti¹⁵⁹ vai no seguinte sentido:

No que tange à fidelidade, entendemos que a sua inobservância esporádica, apesar de ter o poder de interferir na continuidade ou manutenção da união estável, não seria, por si só, capaz de desconfigurar a união. Na verdade, somente os próprios partícipes podem mensurar se a infidelidade pode efetivamente ensejar o fim da relação familiar. Assim, se mesmo com a infidelidade a união estável conseguiu sobreviver, estaria caracterizada a sua solidez. Por outro lado, se a infidelidade conseguiu ser mais forte do que o relacionamento, ela será a causa da ruptura da entidade familiar.

O que não se permite é o reconhecimento da existência de dois ou mais relacionamentos de união estável. Se por acaso ocorrer a concomitância de mais de um relacionamento, apenas um pode sobreviver à consideração de união estável e beneficiar-se da lei para garantia de direitos.

A permissão de se manter duas ou mais relações como “estáveis” permitiria a aceitação da bigamia, o que atenta contra a moral e os bons costumes. Neste sentido, inclusive decisões do Superior Tribunal de Justiça rechaçam a possibilidade de reconhecimento de duas uniões concomitantes¹⁶⁰.

¹⁵⁹ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa. **Casamento e união estável**: requisitos e efeitos pessoais. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 119.

¹⁶⁰ 11300830 - UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DE DUAS UNIÕES CONCOMITANTES. EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO PUTATIVO. LEI Nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso Especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 789293; RJ; Terceira Turma; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Julg. 16/02/2006; DJU 20/03/2006; Pág. 271) (CD Jur Magister, Porto Alegre: Magister. n. 9, jun/jul 2006.)

2.4.6 *Affectio Maritalis*

Silvio Rodrigues¹⁶¹, ao interpretar o art. 1º, da Lei nº 9.278/96, afirma que se *admitiu o concubinato adúltero, de duração indefinida, deixando ao arbítrio do juiz decidir se se caracteriza, ou não, a união estável, por os conviventes terem, ou não, por objetivo a constituição de família*. Isto revela que a *affectio maritalis*, pela informalidade da relação de união estável, constitui-se como a característica principal do instituto.

No casamento, considerado como ato solene e formal, é preciso o consentimento e a falta de impedimentos para que os contraentes exerçam sua vontade de passar ao estado de casado. Assim, aquele liame *subjetivo* anterior à celebração do matrimônio passa a ser *objetivo* pelo seu registro, passando os cônjuges a exercer mutuamente direitos e deveres pela legislação civil¹⁶². Por sua vez, a união estável só gerará efeitos legais imediatos para as partes pelo critério objetivo (que pode ser refutado por terceiros¹⁶³) se, mediante comum acordo, os companheiros declararem essa condição por instrumento particular ou público registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Não obstante, em regra e de maneira geral, pela falta da exigência legal do registro obrigatório da união estável observada no caso do casamento, o liame subjetivo é de suma importância para que tal entidade familiar exista e, desta forma, possa gerar os efeitos decorrentes de lei.

O mesmo que ocorre no casamento, cuja finalidade precípua é a busca da felicidade a dois pela vida em comum, deve ocorrer com a união estável, que precisa visar à constituição de uma família. E *está ínsita na idéia de constituição de família o desejo dos companheiros compartilharem a mesma vida, dividindo as tristezas e*

¹⁶¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 23. ed. 2002. p. 271.

¹⁶² Francisco José Cahali observa que: “*para comprovação do casamento, que se realiza exclusivamente pelo registro civil de pessoas naturais (CF, art. 226, §1º), a prova se faz, em regra, pela respectiva certidão (CC, art. 202; NCC, art. 1.543), de tal sorte que, apresentada, tornam-se indiscutíveis os efeitos do matrimônio*”. In: **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 193.

¹⁶³ Francisco José Cahali adverte que o contrato de convivência entre companheiros “*é uma prova iuris tantum, admitindo, por qualquer meio, a demonstração contrária à situação de fato nela retratada. Com efeito, o contrato de convivência é o instrumento pelo qual se cria, modifica, reconhece ou extingue direitos exclusivamente entre os seus signatários, e ainda sob condição de se efetivar, no mundo empírico, a proclamação da união estável*”. (*idem, ibidem*. p. 191.)

*alegrias, os fracassos e os sucessos, a pobreza e a riqueza, enfim, formarem um novo organismo distinto de suas individualidades*¹⁶⁴.

Ensina o jurista José Sebastião de Oliveira que

*Só existe sentido em falar em casamento se existir uma combinação diária, sucessiva, contínua e renovadora de uma série de elementos (perfeitamente alteráveis) eleitos pelos cônjuges como responsáveis pela felicidade, pela vida em comum (respeito, amor, afeto, preocupação recíproca, conselhos que, reunidos, traduzem-se numa só palavra: afetividade)... Uniões formais e vazias de sentido rirão em pouco tempo... O elemento legal (a união segundo os ditames legais) nesse contexto é um detalhe. Trata-se de uma opção que pode ou não ser escolhida pelos cônjuges*¹⁶⁵.

A respeito da união estável, após análise dos requisitos para configuração dessa relação, observa que:

*De nada vale o somatório destes requisitos se os companheiros não renovarem a cada dia do relacionamento o sentimento socioafetivo de um núcleo familiar. A afetividade, o respeito, a demonstração de carinho e de respeito é indissociável em qualquer forma de entidade familiar, e com a união estável não é diferente*¹⁶⁶.

Por vezes, não é possível se caracterizar a união estável pela publicidade, porque o casal pode viver em cidades separadas, não sendo comum a exposição pública, inclusive no meio familiar. A falta de exposição pública da relação pode levar a crer, erroneamente, que não há continuidade no relacionamento.

É a *affectio maritalis* que determina, independentemente da publicidade, a estabilidade no relacionamento, mesmo que não visível, mesmo que não seja freqüentemente externada essa relação.

A dificuldade de se determinar o elemento volitivo não significa dizer que este não possa ser provado. Como assevera o referido autor, *A par, realmente, de constituir elemento subjetivo, é indispensável a prova sobre este 'lado' da união*

¹⁶⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 129.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, José Sebastião. *op. cit.* p. 135.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem.*

*estável e é perfeitamente possível sua demonstração através da prova documental (cartas, cartões, bilhetes) e testemunhal*¹⁶⁷.

É por intermédio da *affectio maritalis* que parte da doutrina e da jurisprudência justifica a necessidade de reconhecimento da união estável para os homossexuais.

2.4.7 Prole

O art. 1º da Lei nº 8.971/94, que primeiro disciplinou as relações de união estável, trazia a seguinte redação:

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.

A prole, portanto, era considerado como fator para configuração da união estável, inclusive para redução do período de cinco anos de convivência exigido pela lei. Assim, os filhos advindos de pais solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos poderiam ser considerados como prova para o reconhecimento da união estável, o que indicava uma posição equivocada do legislador. Em face da interpretação literal do dispositivo, a presunção, embora *juris tantum*, era que a simples gravidez poderia gerar a existência de um relacionamento estável, sem a presença dos elementos anteriormente analisados, o que não poderia prevalecer.

Não é novidade que a gravidez pode ser resultado de uma aventura entre pessoas que mal se conhecem ou de descuido entre namorados, e nem por isso a configuração da união estável se realiza, se não houver uma relação de afeto e o firme propósito de constituição de família em decorrência da verdadeira e estreita afetividade.

Assim, bem andou o legislador, que, quando da promulgação da Lei nº 9.278/1996, retirou a existência de *prole* como fator para caracterização direta da união estável. No entanto, a sua existência continuou tendo destaque e proteção

¹⁶⁷ *Idem, ibidem.* p. 191, nota 385.

dentro da relação quando, expressamente, o art. 2º, inc. III¹⁶⁸, estabeleceu como dever dos companheiros “a guarda, sustento e educação dos filhos comuns”, nos moldes do que previa o revogado art. 384 do Código Civil de 1916¹⁶⁹ disciplinando o exercício do *pátrio poder*, reproduzido no art. 1.634 do Código Civil em vigor¹⁷⁰, sob a atual denominação de *poder familiar*.

Já o art. 1.724 do Código Civil em vigor, no Título III, que disciplina a união estável, quase reproduz o disposto no art. 2º da Lei nº 9.278/96, com a seguinte redação: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

Observe-se que, embora o inc. III do art. 2º da Lei nº 9.278/1996 trouxesse a expressão *filhos comuns*, o mesmo não ocorreu com a redação do art. 1.724 do Código Civil em vigor, que apenas menciona o dever de *guarda, sustento e educação dos filhos*. Tal fato merece elogios, haja vista que o art. 227¹⁷¹ da Constituição Federal impõe à família, à sociedade e ao Estado assegurar à *criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à*

¹⁶⁸ Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I - respeito e consideração mútuos;
- II – assistência moral e material recíproca;
- III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

¹⁶⁹ Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - Dirigir-lhes a criação e educação.
- II - Tê-los em sua companhia e guarda.
- III - Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem.
- IV - Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder.
- V - Representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.
- VI - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.
- VII - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

¹⁷⁰ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

¹⁷¹ Redação legislativa da Constituição Federal: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Não raras são as situações em que a união estável se perfaz entre casais que trazem para a relação e convivência filhos vindos de relacionamento(s) anterior(es) cuja educação e sustento (ou parte dele) são realizados pelo companheiro de sua mãe ou pela companheira de seu pai.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) também prevê em seu art. 19 que: *toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes*, considerando como *família* não somente aquela advinda do casamento ou do parentesco, mas abarcando situações como a adoção legal (ou a adoção à brasileira pela aceitação da paternidade socioafetiva¹⁷²) e a de união estável.

No Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social, a existência de *filhos comuns* constitui-se como prova para a configuração da união estável, porém, não isoladamente, haja vista que se exigem pelo menos outras duas provas elencadas pelo art. 22 do mencionado diploma¹⁷³.

¹⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. **Revista brasileira de direito de família**, ano VI, n. 24, jun-jul 2004. p. 153-154. Neste sentido também os julgados: Ap. Civ. 70013470976, São Borja, TJ-RS, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, Julg. 26/01/2006; Ap. Civ. 111005-4, Olinda, TJ-PE, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Jovaldo Nunes Gomes, Julg. 25/01/2005, DJPE 13/04/2005; Ap. Civ. 155/2005, Rio de Janeiro, TJ-RJ, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Walter Felipe D'agostino, Julg. 26/07/2005.

¹⁷³ Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - para os dependentes preferenciais:

a) cônjuge e filhos - certidões de casamento e de nascimento;

b) companheira ou companheiro - documento de identidade e certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso; e

c) equiparado a filho - certidão judicial de tutela e, em se tratando de enteado, certidão de casamento do segurado e de nascimento do dependente, observado o disposto no § 3º do artigo 16;

II - pais - certidão de nascimento do segurado e documentos de identidade dos mesmos; e

III - irmão - certidão de nascimento.

§ 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos:

I - certidão de nascimento de filho havido em comum;

II - certidão de casamento religioso;

III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

Destarte, a prole, embora possa consagrar a existência de união estável pela vontade de constituição de uma família, não é requisito indispensável, e isoladamente não caracteriza a estabilidade da relação, já que, em muitos casos, a gravidez pode ter ocorrido em fase na qual apenas existia um relacionamento sem compromisso ou um namoro.

2.5 Da situação da união estável no país

O anuário de Estatística do Registro Civil 2004¹⁷⁴, última das publicações do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística a respeito do registro civil no país, apenas contempla a divulgação de tabelas de resultados de nascimentos, óbitos, casamentos, separações judiciais e divórcios no país.

Referida publicação não consegue demonstrar com clareza a dinâmica do comportamento familiar no país, haja vista que em qualquer dos estados civis formalmente admitidos (solteiro; casado, mas separado de fato; separado judicialmente; divorciado e viúvo) a união estável pode ser configurada.

A união estável encontra guarida como entidade familiar desde a Constituição Federal de 1988, e com regulamentação desde 1994, porém, em nenhuma das pesquisas realizadas pelo IBGE a expressão *união estável* foi utilizada para identificar o núcleo familiar onde milhares de casais se inserem. Caso aprovado o Projeto de Lei nº 1.779/2003, onde expressamente se acrescenta ao §3º do art. 1.723 do Novo Código Civil “o estado civil de conviventes” para os companheiros,

IV - disposições testamentárias;

V - (Revogado conforme determinado no Decreto nº 5.699, de 13.2.2006, DOU 14.2.2006)

VI - declaração especial feita perante tabelião;

VII - prova de mesmo domicílio;

VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X - conta bancária conjunta;

XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;

XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;

XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;

XVI - declaração de não-emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou

XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.

¹⁷⁴ IBGE. *Estatística do registro civil 2004*. v. 31. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.

tornar-se-á legalmente necessária a alteração dos parâmetros para a levantamento dos Indicadores Sociais e Registros Cíveis.

No entanto, em vista da informalidade que caracteriza o instituto da união estável, certamente não haverá como se realizar um levantamento real do número de uniões estáveis, com base no registro em Ofício Público, prejudicando inclusive a avaliação do instituto em relação ao grau de instrução dos companheiros, seus rendimentos, número de filhos e dependentes, dependência econômica, atividade, entre outros.

O IBGE ainda possui no ano de 2004, através da publicação *Síntese de Indicadores Sociais 2004*¹⁷⁵, a conjuntura social das famílias no país, considerando como *família nuclear*, a família monoparental (pai com filhos e mãe com filhos) e os casais com ou sem filhos, sem fazer distinção se o casal encontra-se casado ou em união estável. Isto porque para o IBGE: “*famílias nucleares são representadas por quatro tipos ou núcleos básicos: casal com filhos, casal sem filhos, pai com filhos e mãe com filhos (esses dois últimos do tipo monoparental)*”¹⁷⁶. Além desses, o levantamento realizado pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2003, levou em consideração para fins estatísticos a *família unipessoal* (uma só pessoa), que representa 9,9% do total de famílias. Casal com filhos representavam 51,5% do total, mulheres sem cônjuge com filhos 18,1%, casal sem filhos 14,4% e outros arranjos (avós com netos, tios com sobrinhos, duas ou mais mulheres com um homem etc) representavam 5,8%¹⁷⁷. Portanto, dos *casais* com filhos e sem filhos que correspondiam, segundo a pesquisa, 65.9% do total, não se pode precisar quantos advém da união estável e quantos são proveniente do casamento.

Apesar do IBGE nas publicações de Registro Civil 2004 e na *Síntese de Indicadores Sociais 2004* não contemplarem dados decorrentes da união estável, tal levantamento foi realizado no Censo Demográfico 2000 onde se incluiu dados da relação a que se designou *união consensual*. Para fins de análise do instituto da união estável, nos interessa o resultado da amostra de dados de *pessoas que viviam*

¹⁷⁵ IBGE. *Síntese de indicadores sociais 2004*. v. 15. Rio de Janeiro: IBGE, 2004.

¹⁷⁶ IBGE. *Síntese de indicadores sociais 2004*. v. 15. Rio de Janeiro: IBGE, 2005. p. 154.

¹⁷⁷ IBGE. *Síntese de indicadores sociais 2004*. v. 15. Rio de Janeiro: IBGE, 2005. p. 160 (tabela 5.3).

*em companhia de cônjuge ou companheiro, segundo a condição de convivência e grupos de idade; e por natureza da união, segundo o sexo e os grupos de idade*¹⁷⁸.

No Censo Demográfico 2000, o levantamento de dados sobre a *Nupcialidade e Fecundidade* classificou as uniões quanto à sua natureza ou tipo, considerando os seguintes conceitos:

Natureza ou tipo da união

A natureza ou tipo da união da pessoa que vivia em união conjugal ou a natureza ou tipo da última união da pessoa que não vivia, mas já havia vivido em união conjugal, foi classificado como:

- . Casamento civil ou religioso - quando a pessoa vivia (ou já havia vivido) em companhia de cônjuge com quem era casada no civil e no religioso, inclusive a pessoa que, embora somente tenha comparecido à cerimônia religiosa, regularizou o ato civil de acordo com a legislação vigente;*
- . Só casamento civil - quando a pessoa vivia (ou já havia vivido) em companhia de cônjuge com quem era casada somente no civil;*
- . Só casamento religioso - quando a pessoa vivia (ou já havia vivido) em companhia de cônjuge com quem era casada somente no religioso, em qualquer religião ou culto; ou*
- . União consensual - quando a pessoa vivia (ou já havia vivido) em companhia de cônjuge com quem não contraiu casamento civil ou religioso.*

Ao que designamos de *união estável*, o IBGE preferiu denominar de *união consensual* no Censo Demográfico 2000, referindo-se a pessoas que viviam em companhia de outro mas que não tinham contraído casamento civil ou religioso.

Conforme se verifica das tabelas 1.1.1 e 1.1.2, em anexo, das *pessoas de 10 anos ou mais de idade por estado civil, segundo a condição de convivência, a situação do domicílio e o sexo*, no Brasil, pode-se chegar a seguintes constatações:

- a) existiam no ano 2000 cerca de 136.910.358 pessoas na condição de casado, desquitado ou separado judicialmente, divorciado, viúvo ou solteiro;
- b) Desses 136.910.358 de pessoas, 67.713.209, ou seja, 49,45% do total, viviam em companhia de cônjuge ou companheiro(a).
- c) Dos 67.713.209 de pessoas que viviam em companhia de cônjuge ou companheiro(a):

¹⁷⁸ IBGE. *Censo demográfico 2000: nupcialidade e fecundidade: resultado da amostra*. Rio de Janeiro: IBGE, 2000.

- c.1) 48.306.810 pessoas eram casados(as), no civil e no religioso ou simplesmente no religioso ou somente no civil, que corresponde a 71,35% das pessoas que viviam em companhia de cônjuge ou companheiro(a);
- c.2) 826.650 pessoas eram desquitados(as) ou separados(as) judicialmente, o que corresponde a 1,22% das pessoas que viviam em companhia de cônjuge ou companheiro(a);
- c.3) 877.413 pessoas eram divorciados(as), o que corresponde a 1,29% das pessoas que viviam em companhia de cônjuge ou companheiro(a);
- c.4) 658.805 pessoas eram viúvos(as), o que corresponde a 0,97% das pessoas que viviam em companhia de cônjuge ou companheiro(a) e;
- c.5) 17.033.532 pessoas eram solteiros(as), o que corresponde a 25,15% das pessoas que viviam em companhia de cônjuge ou companheiro(a);

Ainda, da tabela 1.1.3 em anexo, verificamos que, do total de pessoas que vivem em companhia de cônjuge ou companheiro(a) ou seja, de 67.713.209 pessoas:

- a) 33.472.336 pessoas contraíram casamento civil e religioso, o que corresponde a 49,58% do total;
- b) 11.858.429 pessoas contraíram somente casamento civil, o que corresponde a 17,51% do total;
- c) 2.990.848 pessoas contraíram somente casamento religioso, o que corresponde a 4,41% do total e;
- d) 19.391.597 pessoas encontram-se em união consensual, o que corresponde a 28,63% do total.

Portanto, de 67.713.209 pessoas que se encontram em companhia de cônjuge ou companheiro(a), 67,09% das pessoas encontram-se na condição de casados perante a legislação brasileira e o restante 32,91% ou 22.382.445 pessoas, encontram-se na condição de união estável.

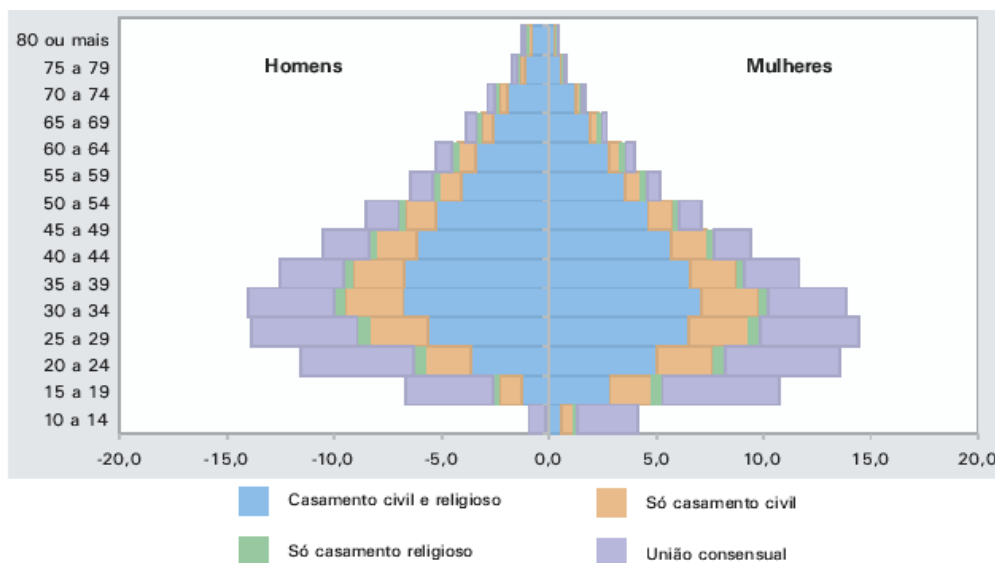
Conclui-se que aproximadamente 1/3(um terço) das pessoas que vivem uma relação conjugal, encontram-se em união estável, ou de cada 10(dez) brasileiros que mantêm uma relação conjugal, 3(três) encontram-se em união estável.

Verifica-se também, comparando-se as tabelas 1.1.2 e 1.1.3, em anexo, que a relação de união estável é típica entre pessoas solteiras, uma vez que, das 22.382.445 pessoas que encontram-se em união estável (19.391.597 + 2.990.848), 76,10% delas, ou 17.033.532 pessoas são solteiras. 13,36% do total de pessoas em união estável encontram-se casadas no religioso e apenas 10,54% das pessoas que encontram-se em união estável, ou 2.358.065 pessoas, são separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas.

Também na tabela 1.1.3, em anexo, constata-se que, em geral, as mulheres iniciam uma relação de casamento ou de união estável em idade inferior a dos homens. Dos 15 a 29 anos de idade, as mulheres são em maior número na relação de união estável. Dos 30 anos em diante, são os homens que encontram-se em maioria na união estável. Com relação aos considerados casados perante a legislação brasileira, as mulheres são maioria entre 15 a 34 anos e os homens dos 35 anos em diante, o que pode significar que, parte, embora pequena, dos que encontravam-se em união estável migraram para uma relação matrimonial legal.

Outro dado interessante da tabela 1.1.3 é que o número de uniões estáveis é superior ao de casamentos civis com religiosos ou somente civis, na faixa etária até 24 anos e a partir de 25 anos é que o número de casamentos, civis com religiosos ou somente civis ganha maior proporção.

**Gráfico 1 – composição, por sexo e grupos de idade, segundo a natureza da união
Brasil - 2000**



É necessário salientar que a pesquisa, em relação às pessoas casadas e que vivem em companhia de cônjuge ou companheiro(a), não indica se todas as pessoas com quem estavam em companhia eram seus respectivos maridos ou esposas, podendo, dentre eles haver pessoas casadas e que não haviam se separado judicialmente ou divorciado, mas que viviam com outros companheiros, o que poderia aumentar ainda mais o percentual de casais em provável situação de união estável.

Outro dado interessante trazido pelo Censo Demográfico 2000 encontra-se na distribuição de pessoa casadas ou em união consensual por cor ou raça. Conforme tabela abaixo, das pessoas que se declararam da cor preta, parda ou indígena, há quase um equilíbrio na escolha da relação de casamento (civil e/ou religioso) e de união, dita consensual. Entre os que se declararam brancos ou amarelos e que se disseram casados ou unidos, 77,2% e 87,5%, respectivamente, optaram pelo casamento civil ou religioso ao invés da união consensual.

% de pessoas de 10 anos e mais de idade por estado conjugal e cor ou raça - Brasil 2000

Cor ou raça e classes de tamanho da população dos municípios	Pessoas de 10 anos e mais de idade						
	Total	Estado conjugal					
		Solteiras (1)	Casadas / Unidas			Desquitadas ou Separadas e Divorciadas (2)	Viúvas
			Total	No civil e/ou religioso	União consensual		
Total	136 910 358	38,6	49,5	71,4	28,6	7,8	4,1
Branca	74 149 482	36,9	51,3	77,2	22,8	7,1	4,6
Preta	8 965 594	37,9	47,3	59,8	40,2	10,2	4,6
Amarela	675 292	35,7	52,9	87,5	12,5	5,8	5,7
Parda	51 658 035	41,2	47,2	64,4	35,6	8,4	3,2
Indígena	572 945	33,6	52,4	53,1	46,9	9,7	4,3

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000 - Amostra.

(1) Não vivem e nunca viveram em companhia de cônjuge

(2) Não vivem em companhia de cônjuge, mas já viveram

O IBGE também trouxe estatísticas da situação de cada região do país, onde se verifica o seguinte:

- 1) na Região Norte 45,647% das relações conjugais são de pessoas casadas civil e religiosamente ou somente no civil e 54,35% são de pessoas em união consensual ou casadas apenas no religioso;
- 2) na Região Nordeste 57,39% das relações conjugais são de pessoas casadas civil e religiosamente ou somente no civil e 42,60% são de pessoas em união consensual ou casadas apenas no religioso;
- 3) na Região Centro-Oeste 64,27% das relações conjugais são de pessoas casadas civil e religiosamente ou somente no civil e 35,73% são de pessoas em união consensual ou casadas apenas no religioso;
- 4) na Região Sudeste 73,65% das relações conjugais são de pessoas casadas civil e religiosamente ou somente no civil e 26,35% são de pessoas em união consensual ou casadas apenas no religioso;
- 5) na Região Sul 73,80% das relações conjugais são de pessoas casadas civil e religiosamente ou somente no civil e 26,20% são de pessoas em união consensual ou casadas apenas no religioso;

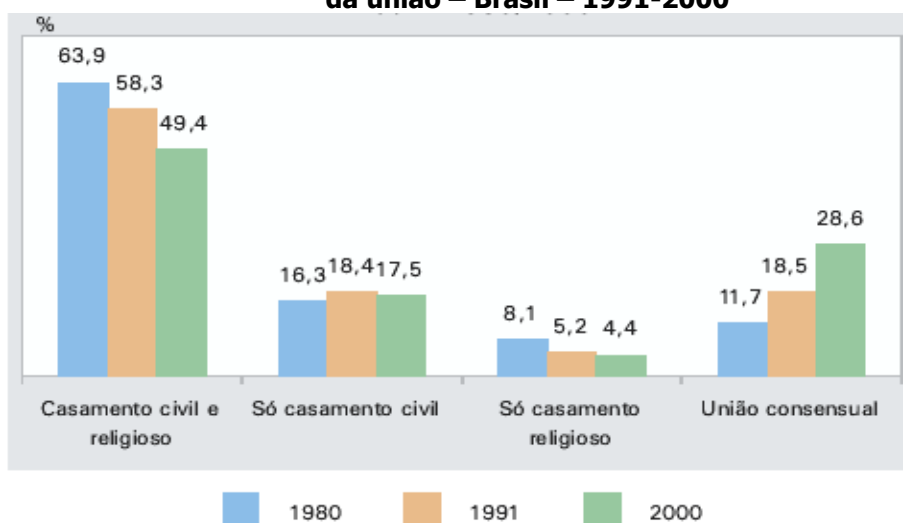
No anuário de “Estatística do Registro Civil 2002”¹⁷⁹, o IBGE, em análise ao Gráfico 1, abaixo, concluiu que:

A taxa de nupcialidade caiu, no Brasil, durante toda a década de 1990, e se estabilizou de 2001 para 2002. Em 1991 foram registradas 7,5 uniões legais por mil habitantes, e o número caiu para 5,7 por mil em 2001 e 2002. A taxa considera apenas a população em idade de casar, ou seja, com 15 anos ou mais. Sua queda sinaliza que o casamento formal vem perdendo força no país, cedendo espaço às uniões informais¹⁸⁰.

Portanto, o próprio IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística reconhece a existência de um crescimento de uniões à margem do casamento.

O Gráfico abaixo mostra que as uniões, ditas consensuais pelo IBGE, tiveram um aumento significativo de 1991 a 2000, fato que comprova a mudança nos padrões de relacionamentos conjugais no país.

Gráfico – proporção de uniões de pessoa de 10 anos ou mais de idade, por natureza da união – Brasil – 1991-2000



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 1980/2000.

Talvez nem todas as uniões consensuais de que trata o IBGE sejam uniões estáveis, mas se analisarmos os demais dados estatísticos e levarmos em consideração que em todos os estados civis a união estável pode se caracterizar, poderemos ter uma pequena noção do quão importante se faz necessário o

¹⁷⁹ www.ibge.gov.br

reconhecimento do estado civil da união estável pois, o mesmo pode redefinir os rumos estatísticos a respeito das famílias no Brasil (sem deixar de se verificar também o percentual de relacionamentos homossexuais) para que, no futuro, se houver amparo legislativo e jurisprudencial se possa acompanhar a evolução das famílias e dos que hoje são considerados “arranjos familiares”, sob qualquer de suas vertentes.

Embora a união estável seja um fenômeno social antigo, muito anterior à Constituição Federal de 1988, há que se reconhecer que, mesmo com os mutirões de casamentos coletivos promovidos pela Administração Pública, ainda assim o número de uniões estáveis vêm crescendo no país, ganhando proporções importantes nas relações conjugais, e que não podem ficar a mercê de não serem reconhecidos como geradores de um estado civil, face a grande semelhança que existe com o casamento e porque geram entre os companheiros, reflexos e direitos que necessitam ser protegidos.

¹⁸⁰ IBGE. **Estatística do registro civil 2002**. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/17122003registrocivilhtml.shtm>>. Acesso em 20 out. 2006.

CAPÍTULO 3

DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O ESTADO CIVIL PROVENIENTE DA UNIÃO ESTÁVEL

3.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS DA PERSONALIDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA

O Direito regula as relações entre aqueles que podem ser *sujeitos de direito* e entre esses *sujeitos de direito* e determinados *objetos para os quais*, pelo valor a eles dado por esses *sujeitos de direito*, o legislador entende indispensável uma proteção legal. Com a tutela dessas relações jurídicas¹⁸¹ ordena-se a sociedade como um todo, dando-se a ela e aos seus partícipes uma maior segurança jurídica.

Para se saber quem seria protegido pelo Direito, tornou-se necessário conhecer quem poderia ser *sujeito de direitos*. O conceito de *sujeito de direito* tem relação direta com o conceito de pessoa, o qual, por sua vez, liga-se ao conceito de personalidade¹⁸². Todos os seres humanos são considerados *pessoas*, na concepção jurídica contemporânea. Consagrada essa concepção pelo Direito Civil

¹⁸¹ Sobre a “relação jurídica”, reproduzimos os ensinamentos do jurista Miguel Reale: “Que devemos entender pela expressão ‘relação jurídica’? em primeiro lugar, trata-se de uma espécie de relação social. Os homens, visando à obtenção de fins diversos e múltiplos, entram em contato uns com os outros. Há uma infinidade de laços prendendo os homens entre si, mas nem todos de natureza jurídica. A rigor, ninguém se relaciona na sociedade visando a fins estritamente jurídicos. São fins morais, religiosos, econômicos, estéticos, artísticos, utilitários, que determinam a conduta humana... Quais das relações sociais devem ser tidas como jurídicas? Podemos dizer que há dois enfoques principais a considerar. De acordo com a teoria tradicional, baseada numa concepção individualista do Direito, as relações jurídicas seriam relações sociais postas por si mesmas, apenas *reconhecidas* pelo Estado, com a finalidade de protegê-las. Prevalece, hoje em dia, uma concepção operacional do Direito, não se atribuindo mais ao Estado a mera função de reconhecer e amparar algo já estabelecido pelo livre jogo dos interesses individuais. Ao contrário, o Estado, baseado, é claro, nos dados do processo social, *instaura modelos jurídicos* que condicionam e orientam o constituir das relações jurídicas... Dois requisitos são, portanto, necessários para que haja uma relação jurídica. Em primeiro lugar, uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem conseqüências obrigatórias no plano da experiência. O trabalho do jurista ou do juiz consiste propriamente em qualificar juridicamente as relações sociais de conformidade com o modelo normativo que lhes é próprio... Pode ocorrer um fato que envolve a relação de duas ou mais pessoas, sem que, todavia, chegue a se caracterizar como fato jurídico, por inexistir norma adequada, explícita ou implícita”. Assim, ao final de seu raciocínio, complementa: “..., o certo é que não há relação jurídica sem norma, implícita ou explícita, que como tal a qualifique”. (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 214-216. Sobre “relação jurídica”, *vide* também RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 101-109; COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 280-282. PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 161-190.

¹⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 70.

moderno, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou essa orientação no art. 2º do Código Civil de 1916 e no art. 1º do Código Civil em vigor: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”¹⁸³. Decorre dessa definição a *personalidade jurídica* que é uma *qualidade jurídica se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres*¹⁸⁴, ou seja, é o *atributo necessário para ser sujeito de direito*¹⁸⁵. Na concepção de Carlos Alberto da Mota Pinto, a *personalidade jurídica, a susceptibilidade de direitos e obrigações, corresponde a uma condição indispensável da realização por cada homem dos seus fins ou interesses na vida com os outros*¹⁸⁶. Para ser pessoa e adquirir personalidade jurídica basta o nascimento com vida, conforme preconiza o art. 4º do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 2º do Código Civil em vigor, com a seguinte redação: *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*¹⁸⁷.

Destarte a legislação brasileira acolheu, em regra, a teoria natalista de preferência à conceptualista, com ressalvas. Leciona Silvio Rodrigues¹⁸⁸ que *nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico, desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.*

Dessa personalidade jurídica, adquirida com o nascimento com vida, advém a capacidade de direito¹⁸⁹, que é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

¹⁸³ A redação do art. 2º do Código Civil de 1916 utilizava o vocábulo “homem”, para expressar os sujeitos de direito: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”, logicamente, interpretando “homem” como “pessoa”. Tal vocábulo “homem”, que expressava de maneira direta a concepção patriarcal do Direito, e em especial do Direito Civil, foi alvo de severas críticas, e que, finalmente fora retificado com o advento da Constituição Federal de 1988, reconhecendo a igualdade de direitos entre homem e mulher.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. v 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p-88.

¹⁸⁶ Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 86.

¹⁸⁷ Coerentemente com o art. 4º do Código Civil de 1916, o seu art. 4º trazia em seu bojo, o vocábulo “homem” ao invés de “pessoa”: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 36.

¹⁸⁹ Também chamada de “capacidade de gozo”, que difere da “capacidade de fato ou de exercício”, que é a aptidão, para exercer, por si, os atos da vida civil. Vide entre outros: RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 39 e ss;

Como frisa Caio Mário da Silva Pereira *personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a idéia de ser alguém titular dele*¹⁹⁰. Assim, sendo “pessoa” todo ser humano que nasce com vida, adquirindo daí personalidade jurídica e capacidade de direito, será essa pessoa sujeito de direitos que o ordenamento jurídico reconhece e regula, em suas relações interpessoais.

A personalidade jurídica, da qual decorre a capacidade jurídica que denominados de capacidade de direito, não se confunde com os direitos de personalidade. Os direitos decorrentes da personalidade jurídica abrangem todos os direitos inerentes à capacidade de direito ou de gozo, enquanto os direitos de personalidade levam em consideração apenas alguns direitos, que não possuem conteúdo econômico-financeiro imediato ou direto. Assim, os direitos de personalidade não abrangem todos os direitos decorrentes da personalidade jurídica, pois, em tese, estes levam em conta todos os direitos inerentes à capacidade de direito; portanto, na capacidade de direito, que decorre da personalidade jurídica, englobam-se todos os direitos subjetivos¹⁹¹ da pessoa humana, alguns dos quais são considerados da esfera dos direitos de personalidade.

Cumprir frisar, embora não constitua objeto do presente trabalho, que no direito romano o nascituro não era considerado um ente, um ser individualizado, pois no ventre materno era considerado como parte do corpo da mulher e, por isso, não lhe era reconhecido qualquer direito¹⁹². Muito embora tal entendimento tenha se modificado, seja por razões religiosas, seja pela própria humanização e valorização

MONTEIRO, Washington de Barros (atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto). **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 61 e ss.

¹⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução do direito civil: teoria geral de direito civil**. v. 1. p. 263.

¹⁹¹ Numa conceituação simples do direito objetivo e subjetivo, reproduzimos o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves: “*Direito objetivo* é o conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter geral, a cuja observância os indivíduos podem ser compelidos mediante coerção. Esse conjunto de regras jurídicas comportamentais (*norma agendi*) gera para os indivíduos a faculdade de satisfazer determinadas pretensões e de praticar os atos destinados alcançar tais objetivos (*facultas agendi*). Encarado sob esse aspecto, denomina-se *direito subjetivo*, que nada mais é do que a faculdade individual de agir de acordo com o direito objetivo, de invocar a sua proteção”. E complementa: “É, portanto, o meio de satisfazer interesses humanos e deriva do direito objetivo, nascendo com ele”.

¹⁹² vide considerações sobre o *status libertatis* no direito romano em tópico específico do presente trabalho.

da pessoa e da vida, a legislação aceitou a existência de direito sem sujeito. Ao nascituro, mesmo não sendo ele pessoa e não possuindo personalidade jurídica, foi reconhecido o direito de nascer, decorrente do direito à vida que é um direito de personalidade¹⁹³. Também no campo dos direitos pessoais, os direitos à sucessão, ao recebimento de doações, à filiação, à adoção, à representação, a alimentos, são outros direitos que o nascituro tem sem possuir personalidade jurídica. Em face dessa exceção, que protege os direitos de personalidade a quem não é considerado pessoa por ainda não ter nascido com vida, autores como Elimar Szaniawski discordam, com razão, daqueles que afirmam que o Código Civil nega a personalidade natural daquele que foi concebido¹⁹⁴, ou seja, aquele que é ainda um embrião, e não um feto com forma a aparência de ser humano intra-uterino. Neste sentido, o Projeto de Lei nº 6.960/2002, proposto logo após a promulgação e publicação do Código Civil em vigor pelo deputado federal Ricardo Fiúza, propõe alteração na redação do art. 2º, com a seguinte redação: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro”¹⁹⁵⁻¹⁹⁶. Cumpre ressaltar que, o Projeto Clóvis Beviláqua adotava posição diferente da do Código, sendo que, para ele, a personalidade se adquiria desde a concepção, tanto que o art. 3º daquele texto dispunha que: *a personalidade começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida*¹⁹⁷.

Destarte, o nascituro constitui exemplo de reconhecimento de direito da personalidade sem a existência de personalidade jurídica, porque mesmo ao nascituro os direitos da personalidade estão *ligados num nexu muito estreito, que*

¹⁹³ Vide SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 149 e ss. VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.* p. 161.

¹⁹⁴ *idem, ibidem*. p. 64.

¹⁹⁵ Vide o trâmite de referido Projeto de Lei através do site: www.camara.gov.Br.

¹⁹⁶ Mesmo antes da aprovação de referida modificação legislativa autores como Benedita Inêz Lopes Chaves defendem a aplicação da teoria concepcionista à natalista, justificando: “entendemos estar a teoria concepcionista, que atribui personalidade jurídica ao nascituro, desde a concepção, com maior razão, por proteger a vida desde o seu início, considerando-o como pessoa, sujeito de direitos, consignando-se tratar da personalidade formal e não material, pois esta última, seria adquirida a partir do nascimento com vida. (**Tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000. p. 34.

¹⁹⁷ RODRIGUES, Sílvio. *op. cit.* p. 36. (nota 38)

*poderia dizer orgânico, e identificam-se com os mais elevados entre todos os bens susceptíveis de senhorio jurídico.*¹⁹⁸

Personalidade jurídica e direitos da personalidade são conceitos - distintos, mas harmônicos - que se completam, pois tratam de elementos essenciais à existência da pessoa.

3.2 A PERSONALIDADE HUMANA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Outra distinção necessária é aquela que, por vezes, confunde o leigo, quando se indaga se os direitos de personalidade decorrem da personalidade humana ou são os que protegem a personalidade humana; ou seja, quando se fala em direitos de personalidade, a que personalidade está se protegendo.

Pois bem, a personalidade humana, do ponto de vista biopsicogenético, sempre foi tema de discussões e controvérsias em diversas ciências, como a medicina, a antropologia, a psicologia e a filosofia.

Buscava-se explicação comportamental humana fora da pessoa, acreditando-se que a personalidade do homem tinha influência direta do meio em que este vivia. Daí por que acreditar que o homem era corrompido pela sociedade, entendendo-se que os seres humanos traziam um potencial corruptor que, agindo sobre outros indivíduos corruptíveis, faria aflorar esse potencial, produzindo um efeito corruptor. Assim, explicava-se que a personalidade humana era um produto do meio, ignorando-se outros fatores e tendências do homem.

A medicina procura explicar a personalidade humana baseada na constituição genética, argumentando que não se transmitiriam somente as características físicas - como cor da pele ou dos olhos, estatura, predisposição para doenças - mas também determinados traços comportamentais que influenciam a forma como os indivíduos se relacionam com os outros - como afetividade, paciência, impulsividade, agressividade, temperamento, instinto e outros.

¹⁹⁸ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 35.

Buscando-se um meio-termo, uma harmonia entre os vários fatores que formam a pessoa e traduzem a sua individualidade, tem-se que a personalidade de uma pessoa é formada por uma porção biológica e natural, herdada geneticamente, e uma de natureza extrabiológica ou suprabiológica, que se liga a variáveis decorrentes do contato com o meio externo, numa combinação biopsicossocial. Assim, personalidade poderia ser definida como a organização dinâmica dos traços no interior do “eu”, formados a partir dos genes particulares que se herdam, das existências singulares que são suportadas e das percepções individuais que se têm do mundo, capazes de tornar cada indivíduo único em sua maneira de ser e de desempenhar o seu papel social.¹⁹⁹ Tal definição de personalidade, do ponto de vista biológico e psicossocial, reflete o modo de ser individual das pessoas, em que cada um tende a se expressar, a se manifestar, a pensar, a agir e reagir de uma maneira peculiar. O psicanalista Eunofre Marques entende que a pessoa *pode mudar de convicções, de idéias, de crenças, de profissão, etc., pode realizar revoluções em sua vida, mas continuará sempre com o seu mesmo modo de ser, isto é, ele sempre fará tudo com as suas mesmas tendências*. Daí a afirmação de que *a personalidade é inata e que ela não modifica a sua natureza no decorrer da existência*, muito embora se admita que o indivíduo possa transformar-se, até mesmo radicalmente, concluindo que, mesmo assim, *continuará ele tendo o mesmo tipo de personalidade com que nasceu. Isto é, o mundo interno pode transformar-se de qualquer modo, mas as tendências básicas do indivíduo sempre se manterão imutáveis*²⁰⁰.

Tal conceito biopsicossocial de personalidade, que conceitua a personalidade individual de cada pessoa (que a distingue de outra), em parte, tem a ver com a personalidade que se trata como objeto dos direitos de personalidade, porquanto o *objeto dos direitos da personalidade não é, pois, exterior ao sujeito, ao contrário dos outros bens que são possíveis objetos de direito*²⁰¹.

¹⁹⁹ BALLONE GJ. Teoria da Personalidade. **PsiqWeb**, 2005. Disponível em <<http://www.psiqweb.med.br>>. Acesso em 12.05.2006.

²⁰⁰ MARQUES EUNOFRE apud BALLONE GJ. Teoria da Personalidade. **PsiqWeb**, 2005. Disponível em <<http://www.psiqweb.med.br>>. Acesso em 12.05.2006.

²⁰¹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 29. O referido autor, anteriormente leciona: “o modo de qualificação próprio dos direitos da personalidade, pelo qual eles revestem o caráter de proeminência relativamente aos outros direitos subjetivos e de essencialidade para a

A personalidade em si, como objeto dos *direitos da personalidade*, não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, mas sim, constitui a pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto²⁰², confundindo-se com os caracteres da própria pessoa²⁰³⁻²⁰⁴. Não se pode afirmar, portanto, que a personalidade constitua um direito, pois, se assim se considerasse, poder-se-ia questionar se haveria um direito à personalidade²⁰⁵.

Cumprido observar que tal moderno entendimento representa evolução do próprio conceito de personalidade atrelado ao conceito de pessoa.

Na Roma Antiga, embora berço da elaboração da teoria jurídica da personalidade, a consideração da personalidade atrelada à figura humana não existia, pois “a expressão *personalidade* restringia-se aos indivíduos que reunissem os três *status*, a saber: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*”²⁰⁶. Embora os romanos não tivessem termos jurídicos específicos que expressassem a idéia de personalidade jurídica, capacidade jurídica e capacidade de fato²⁰⁷, percebe-se que, para o reconhecimento de direitos da personalidade a condição de pessoa humana passava ao largo, não era considerada como fator para sua caracterização. Apesar de alguns autores entenderem que aos escravos não lhes era atribuída personalidade, por serem considerados “coisas”(res), portanto, propriedade de alguém²⁰⁸, segundo outros, aos escravos era atribuída personalidade, sendo estes sujeitos de direito, embora com capacidade reduzida²⁰⁹.

pessoa, deriva do seu ponto de referência objetivo, isto é, do seu objeto. Este objeto apresenta, de fato, uma dupla característica: 1) encontra-se em um nexo estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico; 2) identifica-se com os bens de maior valor susceptíveis de domínio jurídico.”

²⁰² *Idem, ibidem*. p. 21.

²⁰³ Goffredo Telles Jr. leciona que a “personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa” (direito subjetivo. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 28. p. 315.)

²⁰⁴ Arnaldo Rizzardo salienta que: “há direitos que se destacam da pessoa e outros que a ela são inerentes”. (**Parte geral do código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 139.

²⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 119.

²⁰⁶ CHAMOUN, Ebert. *op. cit.* p. 48.

²⁰⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *op. cit.* p. 117. nota 115.

²⁰⁸ *idem, ibidem*. p. 116.

²⁰⁹ Elimar Szaniawski observa que: “o conceito tradicional dos civilistas em afirmar que os escravos não possuíam personalidade, sendo portanto, meras *res* de propriedade de seu senhor, vem sendo revisado por alguns estudiosos, a exemplo de Cossio e Robleda, entre outros. Para o primeiro, a escravidão deve ser visualizada não como uma negação da personalidade, mas como uma mera limitação da liberdade pessoal. Já Robleda, partindo de um estudo feito dos textos de Gaio, onde se infere que os atos praticados por escravos produziam efeitos no mundo jurídico, nos traz a conclusão de que os escravos de Roma não podem ser considerados *res*, nem objetos de direitos, mas, ao contrário, pessoas e sujeitos de direitos, embora tendo capacidade de direito extremamente

Saliente-se que o vocábulo *persona*, origem das palavras *pessoa* e *personalidade*, servia para designar o homem em geral (cidadão romano, homem livre) e o escravo. Para a outorga à pessoa de uma maior ou menor graduação de direito subjetivo²¹⁰ os romanos usavam a expressão *caput*, direcionada também tanto para o homem livre como para o escravo. Ao homem livre designava-se *caput liberatum* e ao escravo, *caput servile*²¹¹.

Pois bem, no conceito biopsicossocial de personalidade, o objeto *personalidade* é tratado de maneira diferenciada de pessoa para pessoa. Há uma tendência a individualizar o ser humano atribuindo-se a cada um uma personalidade própria, única, diferente da personalidade de seu semelhante.

No conceito jurídico de *personalidade* enquanto objeto dos direitos da personalidade, o tratamento dispensado estende-se a todas as pessoas, a todos os seres humanos. A tendência aqui é a de irradiação de direitos, uma vez que se reconhece que a *personalidade* decorre do simples fato de ser pessoa, condição suficiente para o reconhecimento a todos dos direitos da personalidade, sem distinção de pessoa para pessoa (diferente do conceito biopsicossocial de *personalidade*).

Com a evolução da categoria *direito de personalidade*, a *personalidade*, como já salientado, passou a ser considerada como a base dessa categoria de direitos, sem com ela se confundir. Como bem ensina Pietro Perlingieri²¹², “a *personalidade* é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”. Também Orlando Gomes afirma que os direitos da personalidade não têm por objeto a própria personalidade, e sim, *as manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela*

limitada. Para o autor italiano, a subjetividade do escravo em Roma manifestava-se de diversas formas. O escravo era responsável pelos atos que praticava; tornava-se obrigado como consequência dos delitos que praticava; suas obrigações contratuais eram consideradas obrigações naturais (Gaio 3, 119. a.). Em Gaio (2, 86), tem-se que qualquer aquisição do escravo, pertencia ao seu senhor, pois era freqüente o escravo prestar serviços econômicos ao seu senhor. Esses favores que prestava ao senhor, outorgavam-lhe a *capacidade agendi*. Esta *capacitas agendi* assegurava ao escravo a personalidade como consequência da subjetividade.” (*op. cit.* p. 28.)

²¹⁰ idem. *ibidem*.

²¹¹ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 39 *apud* SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 28.

²¹² PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 155-156.

*jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa*²¹³

Ao nascer com vida, a pessoa adquire a personalidade jurídica, da qual decorre a capacidade de direito, que é a aptidão de adquirir direitos e obrigações. Alguns desses direitos fazem parte de um rol de direitos que protegem a própria personalidade da pessoa. Destarte os direitos de personalidade abrangem aqueles correspondentes aos atributos inerentes à pessoa humana (e os possíveis de serem estendidos aos nascituros), como a vida, a liberdade, a imagem, a privacidade, a manifestação de pensamento, ao nome, a honra, a voz, entre outros, dentre os quais se destaca no presente estudo o direito à *identidade*.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A expressão “direitos de personalidade”, embora predominante, não é adotada por toda a doutrina, nacional ou estrangeira, sendo empregadas por outros autores expressões como *direitos essenciais da pessoa* ou *direitos subjetivos essenciais*, utilizada por Tobeñas; *direitos à personalidade* ou *direitos essenciais da pessoa* ou *direitos fundamentais da pessoa*, empregada por Adriano De Cupis, Ravá, Gangi; *direitos sobre a própria pessoa*, empregada por Windscheid e Campo Grande); *direitos individuais*, na visão de Kohler e Gareis; *direitos pessoais*, no entender de Wachter e Bruns e; *direitos personalíssimos*, segundo Pugliati e Rotondi²¹⁴.

Por conta dessas várias concepções terminológicas, era de esperar a inexistência de convergência de opiniões quanto à natureza jurídica dos direitos de personalidade. Inclusive, objeções aos direitos da personalidade são justificadas pelo argumento de que a pessoa não poderia ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto,

²¹³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 156.

²¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto (atualizado e aumentado por Eduardo C. B. Bittar). *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 2.

ou porque, sendo pessoa um ser indivisível, não poderia a pessoa ser titular de direitos sobre suas qualidades ou partes do corpo²¹⁵.

A idéia dos direitos de personalidade como direitos subjetivos foi rechaçada por autores como Savigny, Von Tuhr e Enneccerus, para os quais, se fossem os direitos de personalidade considerados como direitos subjetivos, poder-se-ia admitir a sua disponibilidade e, via de consequência, o suicídio²¹⁶ e outros atos - como a eutanásia, a venda de órgãos e do próprio nome. Também outros juristas - como Unger, Paul Roubier e Orgaz - negam os direitos da personalidade como direitos subjetivos; Unger reduz o conceito de personalidade à capacidade de contrair direitos e obrigações, Roubier questiona o seu enquadramento no conceito de direito subjetivo; e Orgaz entende que nos direitos da personalidade não existe uma faculdade concedida pelo direito objetivo e que o direito subjetivo apareceria somente quando se violasse o dever jurídico do respeito à vida, integridade física, honra, entre outros²¹⁷.

Embora a argumentação acima tenha seu fundo de razão segundo a concepção tradicional de direitos subjetivos que a atrelam a elementos da propriedade, as teorias que levaram à admissão, pela maioria da doutrina, de um sentido contrário, ou seja, à admissão dos direitos de personalidade como direitos subjetivos justifica de outra maneira esse novo modo de encarar os direitos subjetivos.

Pierre Kayser, De Cupis, Castan Tobeñas, Alberto Spota, Guilherme Borda, são alguns dos importantes juristas que, com seus posicionamentos, contribuíram para admitir os direitos da personalidade como direitos subjetivos, sendo também esta a corrente predominante na doutrina brasileira²¹⁸. Embora seja este o entendimento majoritário, observa-se que a dificuldade em reconhecer a natureza de direitos subjetivos aos direitos da personalidade decorre, em parte, da própria legislação, que, ao procurar integrar os direitos da personalidade, induz a

²¹⁵ Cf. resumidamente expôs Silvio Romero Beltrão, sobre opinião de outros que negam a existência de direitos da personalidade. (*op. cit.* p. 36).

²¹⁶ *apud* FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 323.

²¹⁷ *apud* SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 74-79.

²¹⁸ *apud idem, ibidem*. p. 76-80.

dificuldades de ordem teórica quanto à sua existência e sua enumeração. Na Constituição Federal nada se prevê *expressamente* a respeito da existência de um direito de personalidade, e na legislação infraconstitucional somente no Código Civil em vigor é que há menção específica a tal direito, sem explicitar se os poucos direitos da personalidade nele tutelados seriam enumerativos ou não.

Em que pese a isso, não há dúvida de que nos direitos de personalidade o objeto (bem jurídico) aparece de maneira diversa da que ocorre no direito de propriedade. O bem que se pretende defender não se acha fora do ser, pelo contrário, encontra-se na própria natureza da pessoa, sendo inerente à sua individualidade física e à sua experiência de vida moral e social²¹⁹.

Não se negam os direitos subjetivos como direitos que atribuem aos seus titulares a faculdade de poder fazer algo, inclusive de dispor deles ou renunciá-los; porém esse entendimento restringe a sua aplicação, visando a justificá-los perante os direitos patrimoniais.

Em outras palavras, bem adverte Silvio Romero Beltrão²²⁰ que:

se por tantos aspectos a teoria jurídica sobre a existência de direitos subjetivos da personalidade acusa incerteza e ambigüidade e uma linha conceitual não definida, isto é devido em princípio a uma consideração substancial dos interesses confluentes nos valores jurídicos da pessoa sobre o modelo de uma garantia jurídica inserida na lógica da propriedade. A validade teórica de uma tendência similar faz com que o modelo da propriedade atravesse o conceito de direito subjetivo e determina que o esquema fundamental e unificante de todas as possíveis manifestações de direito privado seja legado a razão metodológica e histórica, que reduz toda categoria privatística à categoria de ter. Com os direitos da personalidade, uma nova categoria se modela, através da evidência do ser e não do ter, que impõe a conclusão de que estes direitos tutelam tudo que lhe é peculiar, caracterizando-o como direito subjetivo.

Tal evidência do ser e não do ter em nada se incompatibiliza com a possibilidade que se tem de requerer indenização a direitos da personalidade ofendidos ou lesados. Não se trata de patrimonializar os direitos da personalidade, e sim, de, na ausência de possibilidade de se retornar ao *status quo ante*, que o valor

²¹⁹ BELTRÃO, Silvio Romero. *op. cit.* p. 38.

²²⁰ *idem, ibidem.*

pecuniário sirva apenas como uma compensação que indiretamente reduza os efeitos da lesão provocada. Por certo, *o caráter patrimonial do direito derivado da indenização pelo dano não pode alterar o caráter não-patrimonial dos direitos da personalidade*²²¹.

Destarte, quando os direitos de personalidade são tratados como direitos subjetivos, está se falando em direitos subjetivos *sui generis*, que se distinguem dos demais direitos subjetivos. Isto porque os direitos de personalidade constituem os primeiros direitos subjetivos ou os *direitos essenciais*²²², sem os quais os demais direitos subjetivos não existiriam. Assim, os direitos de personalidade constituem direitos subjetivos aos quais o Estado mantém uma proteção jurídica, porque constituem a essência da raça humana e, para certas categorias, asseguram sua disponibilidade, como ocorre no direito à intimidade, e para outras apenas conferem o direito subjetivo de assegurar o respeito e a integridade do direito da personalidade, quando violados ou ameaçados.

Conclui-se que não há nenhum óbice substancial à configuração dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, pois cada pessoa pode defender o exercício dos *elementos que compõem os valores essenciais da pessoa humana*²²³ *as quais devem ser objeto de um correspondente e determinado direito da personalidade*²²⁴.

3.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A primeira das classificações, oriunda do século XIX, divide os direitos da personalidade em: a) *Direito geral de personalidade*, no qual se visualizam os direitos da personalidade de modo unitário e atípico e; b) *Direito de personalidade tipificados*, que se fraciona em múltiplos tipos, de acordo com seus atributos. Os *direitos de personalidade tipificados* ainda se dividiriam em *públicos* e *privados*, sendo *públicos* os inerentes à pessoa humana e tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão na defesa de atos praticados pelo Estado ou

²²¹ DE CUPIS, Adriano. *op. cit.* p. 37.

²²² *idem, ibidem.* p. 24.

²²³ BELTRÃO, Silvio Romero. *op. cit.* p. 38.

²²⁴ De CUPIS, Adriano. *op. cit.* p. 37.

contra atos de particulares contra a sociedade como um todo; e *privados* os mesmos que os direitos da personalidade públicos, mas que dissessem respeito aos aspectos privados da personalidade e à relação e possível agressão dos particulares entre si²²⁵.

Crítica Elimar Szaniawski a teoria tipificadora dos direitos da personalidade adotada pela doutrina e pela jurisprudência, pois entende que *tem se mostrado insuficiente e confusa no que tange à proteção da pessoa humana, deixando de serem tutelados inúmeros atentados praticados contra a personalidade por falta de previsão legal*. Além do mais, segundo o referido jurista, *a teoria que fraciona e tipifica os direitos da personalidade inclui, nesta categoria de direitos, figuras estranhas aos direitos da personalidade*, as quais o jurista francês Pierre Kayser denomina de *falsos direitos da personalidade*, e que contribuiu para o aparecimento de diversas classificações²²⁶.

Reproduzem-se a seguir algumas das várias classificações imaginadas pela doutrina, em conformidade com a classificação *fracionada e tipificada*.

Adriano De Cupis²²⁷ classifica os direitos em:

- I – direito à vida e à integridade física;
- II – direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver;
- III – direito à liberdade;
- IV – direito à honra, ao resguardo pessoal e ao segredo;
- V – direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título ao sinal pessoal);
- VI – direito moral de autor.

²²⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 87-88.

²²⁶ *idem, ibidem*. p. 122.

²²⁷ DE CUPIS, Adriano. *op. cit.* p. 71-333.

Já Gangi e Martin Ballesteros²²⁸ ampliam demasiadamente tal classificação, ao incluir entre os direitos de personalidade as próprias liberdades públicas, dividindo-os longamente. Gangi dispõe sua classificação em:

I – direito à vida;

II – direito à integridade física ou corporal;

III – direito de disposição do próprio corpo e do próprio cadáver;

IV – direito ao livre desenvolvimento da própria atividade, ou direito de liberdade, compreendendo:

1) direito à liberdade de locomoção, de residência e de domicílio;

2) direito à liberdade matrimonial;

3) direito à liberdade contratual e comercial;

4) direito à liberdade de trabalho;

V – direito à honra;

VI – direito à imagem;

VII – direito moral de autor e de inventor;

VIII – direito ao segredo epistolar, telegráfico e telefônico.

Martin-Ballesteros opta pela seguinte divisão:

I – direito à individualidade, que se subdivide em:

1) direito ao nome;

2) direito ao domicílio;

3) direito ao estado civil e linhagem;

²²⁸ *apud* SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 88-90.

4) direito ao patrimônio;

5) direito à profissão;

II – direitos relativos à existência física, que se subdividem em:

1) direito à vida;

2) direito à integridade física;

3) direito de disposição do próprio corpo;

III – direitos morais, que abrangem:

1) direito à imagem;

2) direito ao segredo;

3) direito à honra;

4) direito de autor;

5) direitos de família;

6) direito às recordações familiares e ao sepulcro;

7) direito às liberdades públicas.

Muitos autores nacionais também preferem criar grupos classificando os direitos da personalidade de maneira a tipificá-los em conformidade com determinadas características gerais. Entre esses autores mencionam-se Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,²²⁹ que realizam a classificação segundo a proteção de cada grupo de direitos de personalidade:

I – direito à vida;

II – direito à integridade física:

direito ao corpo humano vivo;

²²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.* p. 157-158.

direito ao corpo humano morto.

III – direito à integridade psíquica englobando:

direito à liberdade;

direito à liberdade de pensamento;

direito às criações intelectuais (autoria científica, artística e literária);

direito à privacidade;

direito ao segredo pessoal, profissional e doméstico.

IV – direito à integridade moral subdividindo-se em:

direito à honra;

direito à imagem;

direito à identidade.

Tal classificação fracionada e tipificada tem seu valor didático e acadêmico, por tornar melhor a visualização dos direitos da personalidade; no entanto, conforme Paulo Luiz Netto Lobo, *essa questão tem a ver com a natureza aberta ou fechada da tipicidade dos direitos da personalidade*²³⁰. A doutrina, quando procura tipificá-los, limita-se a mencionar os casos legalmente previstos, não se arriscando a reconhecer novos direitos da personalidade; porém, parte da doutrina, mesmo limitando-se a esmiuçar os tipos legais, menciona que os referidos tipos não são restritivos, e sim, enumerativos ou enunciativos, pelo que a classificação formulada em grupos não esgota o número dos direitos da personalidade a serem reconhecidos²³¹, podendo ser ampliados outros que, porventura, forem reconhecidos.

²³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista trimestral de Direito Civil**, ano 2, v. 6. abr-jun 2001. p. 84.

²³¹ Dentre eles, Carlos Alberto Bittar (**Os direitos da personalidade**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 65); Silvio Romero Beltrão (*op. cit.* p. 100); Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *op. cit.* p. 157); MONTEIRO, Washington de Barros (atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto). **Curso de direito civil**: parte geral. v. 1. p. 96.

Assim, os autores que esboçam uma classificação com observação da característica de ilimitabilidade, certamente adotam o modelo da *tipicidade aberta*, permitindo sejam inseridos em seus grupos os direitos que vierem a ser reconhecidos. A crítica à classificação *fechada* advém justamente da falta de reconhecimento para além de *numerus clausus*, ou seja, dos que são tipificados pela legislação e não permitem considerar direitos da personalidade os que não forem expressamente tutelados pela lei.

3.4.1 Da crítica à classificação tipificada e fracionada. Princípio da dignidade da pessoa humana e a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade

A partir de meados do século XX, pela nova leitura que fazem das declarações internacionais os tribunais europeus e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,²³² adotou-se uma nova concepção sobre a tutela dos direitos da personalidade.

Na Alemanha, tendo como base a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, que em seu art. 1º declara ser intangível a dignidade do homem e no art. 2º reconhece que todos têm direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, a doutrina pôs-se a desenvolver a *teoria do direito geral de personalidade*, contrapondo-se ao modelo da *teoria tipificadora e fracionada*, pois, por falta de previsão legal, deixavam de ser tutelados inúmeros atentados praticados contra a personalidade, além de os autores incluírem em suas classificações direitos que não possuíam natureza de direitos da personalidade, causando assim grande confusão dogmática²³³. A “crise do direito civil”, que culminou com a repersonalização e a constitucionalização do direito civil, contribuiu para a afirmação da *teoria do direito geral de personalidade* também na doutrina italiana, sendo um de seus adeptos o jurista Pietro Perlingieri, que confirma a sua aplicação ao analisar a própria constituição italiana²³⁴.

²³² SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 117.

²³³ Idem, p. 99-123.

²³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 155.

Os fundamentos do *direito geral de personalidade* partem da análise dos próprios elementos fundamentais da personalidade humana, que, segundo Hubmann, constitui-se da *dignidade*, da *individualidade* e da *personalidade*. A *dignidade humana* localiza o ser humano no plano universal e, em virtude de sua natureza, proporciona a criação cultural, a realização de valores éticos e a sua auto-edificação; a *individualidade* torna o ser humano um todo indivisível, que evolui espiritual e moralmente ao longo de sua existência; e a *personalidade* se realiza com a interação do indivíduo com a sociedade, afirmando-se como ser individual em sua auto-imagem e seus valores pessoais. Assim, entende o jurista que deve ser outorgada a todas as pessoas uma *cláusula geral de proteção*, que lhes dê uma ampla e geral proteção de sua personalidade contra toda ameaça ou violação, seja oriunda do poder público ou do particular, não se devendo exigir uma necessária positivação dos direitos da personalidade em tipos legais²³⁵⁻²³⁶.

Conforme observa Elimar Szaniawski²³⁷, a:

atuação direta e imediata da norma internacional dos Direitos do Homem, combinada com a auto-aplicabilidade da norma constitucional, permitiu ao direito europeu superar a dicotomia do direito em direito público e privado e afastar a suposta necessária positivação dos direitos de personalidade em tipos legais, outorgando a todas as pessoas uma ampla e geral proteção de sua personalidade.

Assim, pela ordem jurídica internacional (supranacional) se realiza a tutela à personalidade humana de maneira ampla, salvaguardando a sua *dignidade*, sendo suas principais fontes a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a 17ª Convenção de Haia, de 1993, entre outras; e a na ordem nacional (interna) têm-se como principais fontes as Constituições de cada Estado e, eventualmente, as legislações infraconstitucionais. A teoria da *cláusula geral de personalidade*, portanto, contribui para o desenvolvimento da personalidade humana e encontra-se aberta ao desenvolvimento da sociedade como um todo e aos avanços da

²³⁵ HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Köln: Böhlau, 1967 apud SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 114-116.

²³⁶ Neste sentido Paulo Luiz Netto Lôbo. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista trimestral de Direito Civil**. ano 2, v. 6. abr-jun 2001. p. 85.

²³⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 117.

tecnologia²³⁸, pois resguarda direitos não tipificados pela legislação, em face da existência de uma regra de tutela abrangente que possibilita o seu reconhecimento sem a necessidade de proteção formal.

No Brasil, a Constituição Federal absorveu a teoria do direito geral de personalidade pelo que determina o inciso III do art. 1º, que consagra como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

Alexandre de Moraes entende que a dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição Federal *concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas*.²³⁹ Não menos ousado é afirmar que a dignidade da pessoa humana encartada na Constituição Federal se constitui em um princípio fundamental que estrutura a disciplina e a interpretação de todas as outras normas, sendo um conceito supremo, que não está coordenado com outros nem é de outros derivado, porquanto se encontra no vértice da *pirâmide jurídica conceitual*²⁴⁰.

Muito embora a Constituição Federal não faça menção expressa a uma *cláusula geral de tutela da personalidade*, como ocorre nas constituições alemã e italiana, pelo preceito acolhido no art. 1º, inc. I, que representa um sobreprincípio ou um princípio-matriz, não se pode negar que se tenha adotado uma *cláusula geral*, um *direito geral de personalidade* que represente um princípio fundamental para a ordem jurídica brasileira. Observa Gustavo Tepedino²⁴¹ que:

Assim, é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade.

Nesta direção, não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial –

²³⁸ *Idem, ibidem*. p. 117-118; 122.

²³⁹ MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 16

²⁴⁰ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**. Teresina-PI, jun 2006. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8668>>. Acesso em: 30 out 2006.

²⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 47-48.

saúde, imagem, nome etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade.

A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CF), fundamentos da República, e a adoção do princípio da igualdade substancial (art. 3º, III), ao lado da isonomia formal do art. 5º, bem como a garantia residual estipulada pelo art. 5º, §2º, CF, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte.

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Caio Mario da Silva Pereira²⁴² também reconhece que *a Constituição brasileira enuncia direitos e garantias individuais e coletivos, que o legislador tem de proteger e assegurar, além de consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) como uma cláusula geral de tutela da personalidade.*

Assim, do princípio da dignidade da pessoa humana vislumbram-se, na Constituição Federal em seu Título II - *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, vários desdobramentos que revelam expressamente os direitos da personalidade, a iniciar-se pelo *caput* do art. 5º que consolida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade. Nos incisos do referido dispositivo também se revelam alguns dos direitos da personalidade tipificados, como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à própria imagem (inc. X); a inviolabilidade do sigilo da correspondência das comunicações telegráficas, de dados e telefônica (inc. XII); direito ao sigilo profissional (inc. XIV); direito ao livre exercício de qualquer profissão (inc. XIII); direito à livre locomoção (inc. XV). No entanto, tais direitos de personalidade, que Elimar Szaniawski denomina de *direitos especiais de personalidade*²⁴³, não se revelam apenas no art. 5º da Constituição Federal. Há outros princípios que podem ser considerados como desdobramentos do princípio da

²⁴² PEREIRA, Caio Mario da Silva (atualizado por Tânia da Silva Pereira). **Instituições de direito civil: direito de família**. v. 5. p. 240.

²⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 144.

dignidade da pessoa humana (ou tendo este como fundamento), como o art. 170, que preconiza a *valorização do trabalho humano e da livre iniciativa*, o que assegura o desenvolvimento da pessoa através da manifestação de suas capacidades e habilidades físicas e intelectuais; o art. 196, que assegura o direito à saúde; o art. 205, que preconiza o direito à educação; o art. 226, que protege a família, constituindo-se ao mesmo tempo, sem dúvida, em base e extensão do direito da personalidade; e o art. 227, que assegura à criança e ao adolescente *com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*; entre outros.

Na atual legislação infraconstitucional, o avanço mais marcante para os direitos da personalidade foi, sem dúvida, a previsão, nos artigos 11 a 21 do Código Civil em vigor, de um capítulo específico sobre o tema. A disciplinação de apenas alguns dos direitos da personalidade (direito ao corpo humano – vivo ou morto – art. 13 e 14; direito à integridade física – art. 15; direito ao nome – arts. 16 a 19; direito à honra e à imagem – art. 20 e; direito à privacidade – art. 21) poderia ensejar o entendimento de que teria o legislador optado pela teoria tipificadora e fracionada. No entanto, a redação do art. 11, que genericamente disciplina tais direitos e foi aprovada com a seguinte redação: *Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária* - leva-nos a conclusão diversa. Também o art. 12 do mesmo diploma dispõe: *Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei*. Observa-se, desta forma, que quando o legislador faz menção a *direito(s) da personalidade*, não há limitação aos direitos tipificados nos dispositivos seguintes (13 a 21), podendo-se considerar que existe uma *cláusula geral de tutela da personalidade* também em sede infraconstitucional, que se interpreta sistematicamente com o art. 1º, inc. III da Constituição Federal²⁴⁴.

Assim, pode-se afirmar que o sistema de proteção na configuração legal brasileira é *misto*, pois se realiza por intermédio da cláusula protetora da

personalidade constitucional e pelos direitos de personalidade tipificados pela legislação constitucional e pela infraconstitucional, não havendo incompatibilidade entre a *tipicidade aberta* e a *cláusula geral de tutela*.

Ensinam Cristiano Chaves de Freitas e Nelson Rosenvald²⁴⁵ que:

Não há dúvida quanto à impossibilidade de previsão taxativa (numerus clausus) dos direitos da personalidade. Muito pelo contrário. Constituem uma categoria elástica, compreendida ampla e concretamente, a partir do quadro evolutivo do homem, integrado em suas mais variadas atividades (físicas, psíquicas, sociais, culturais, intelectuais...).

É preciso, pois, compreendê-los a partir de uma cláusula geral que assegure proteção plena e eficaz à pessoa humana, permitindo que novos e eventuais valores incorporados à personalidade não estejam carentes de tutela jurídica. Aliás, na velocidade em que se operam as novas descobertas científicas e tecnológicas e considerando o estágio evolutivo da ciência, é mister afirmar um direito geral de personalidade, de modo a salvaguardar a tutela da pessoa humana.

Se por um lado a legislação contempla a proteção de um número restrito de direitos da personalidade, por outro, a cláusula geral permite que haja tutela de outros tipos socialmente reconhecidos e apreensíveis pelo intérprete, ainda que não expressamente tutelados, pois *“o fato de não estar mencionado na Constituição ou no Código Civil não significa que não exista, ou que não goze de proteção legal”*²⁴⁶. Portanto, conforme bem leciona Paulo Luiz Netto Lobo²⁴⁷, *significa dizer que são tipos de direitos da personalidade: a) os tipos previstos na Constituição e na legislação civil e; b) os tipos reconhecidos socialmente e conformes com a cláusula geral*. A classificação, levando-se em consideração a *tipicidade aberta*, permite que nela se incorporem os direitos tipificados pela legislação e, de igual forma, os que somente guardam proteção pela *cláusula geral de tutela*.

²⁴⁴ *idem, ibidem*. p. 182.

²⁴⁵ FREITAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 5. ed. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 108.

²⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros (atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto). **Curso de direito civil**: parte geral. v. 1. p. 96-97.

²⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista trimestral de Direito Civil**. ano 2, v. 6. abr-jun 2001. p. 85.

Assevera Maria Celina B. M. Tepedino²⁴⁸: *que ao intérprete incumbirá pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana, privilegiar os valores existenciais sempre que eles se contrapuserem aos valores patrimoniais*, o que demonstra que, o olhar sobre as famílias devem almejar a realização material dos direitos delas emergentes.

3.4.2 Do direito à identidade

Não há dúvida de que o ser humano carrega consigo uma série de características que distinguem unitariamente uma pessoa da outra. Os indivíduos constituem uma unidade, de modo que as partes que compõem as características de uma pessoa só têm sentido se analisadas conjuntamente. Esses traços que permitem o reconhecimento da cada pessoa constituem sua *identidade*.

A identidade conduz a uma idéia de individualização, pela qual, ao se mencionar ou indicar determinada pessoa, poder-se-ão conhecer as características que a tornam única, identificando-a no seio da sociedade. Ela se manifesta pela sua aparência física, pelo sexo, pela voz, pela história pessoal, pela reputação moral, pelo nome familiar, pela caligrafia, pela idade, pelo modo de vestir, e também pelo estado civil.

Entre estas formas de identificação existem aquelas que possuem alta relevância para o Direito, por poderem trazer conseqüências jurídicas para a pessoa e para terceiros. A identificação da cor dos olhos, da preferência sexual, do modo de se vestir, da caligrafia, não guarda grandes reflexos jurídicos e não constitui motivo para impedimento ou limitação de aquisição, modificação e extinção de direitos.

Não se pode constituir toda e qualquer forma de identificação como base para o direito à identidade, mas somente aquelas capazes de modificar, adquirir ou extinguir direitos, ou aquelas cuja lesão possa causar algum prejuízo, v.g, o nome, a idade, a nacionalidade, a voz e o estado civil. Tal observação é necessária a fim de

²⁴⁸ TEPEDINO, Maria Celina Bodim de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 28, dez. 1990.

se evitar a proliferação dos chamados *falsos direitos da personalidade*,²⁴⁹ que podem elevar à categoria de direitos da personalidade formas de identificação estranhas ou sem relevância jurídica.

O conjunto de características que identificam a pessoa para si e para os outros e demonstram a sua unidade jurídica constitui o chamado *direito à identidade*,²⁵⁰ denominado por outros autores de *direito à identidade pessoal*.²⁵¹

O sinal exterior mais marcante no indivíduo é o seu nome, composto por prenome e sobrenome. Por meio dele se consegue individualizar a pessoa dentro de uma comunidade. Destarte, o nome se atrela à pessoa como uma marca que não pode ser mais retirada ou modificada, a não ser em casos especiais.

Muito embora o direito à identidade como direito da personalidade tenha sido limitado ao *direito ao nome* no Código Civil em vigor, pelos arts. 16 a 19²⁵², conforme já exposto, não constitui *numerus clausus*. Por serem os direitos ilimitados e desenvolverem-se na medida em que a sociedade reconhece a sua existência, conclui-se que o legislador do Código Civil em vigor não teve a intenção de prever os direitos da personalidade de maneira exauriente.

O direito ao nome, como decorrência do direito da personalidade e, mais especificamente, do direito à identidade, antes mesmo de seu reconhecimento e previsão no Código Civil em vigor, já se encontrava disciplinado na Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), que dispõe sobre a obrigatoriedade do registro de todo nascimento ocorrido em território nacional²⁵³.

²⁴⁹ A expressão é de Pierre Kayser (Lês droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, n. 3, p. 455) *apud* SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 122.

²⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.* p. 185.

²⁵¹ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 165; DE CUPIS, Adriano. *op. cit.* p. 179.

²⁵² Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

²⁵³ Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, que será ampliado até 3 (três) meses para os lugares distantes mais de 30 (trinta) quilômetros da sede do cartório.

§ 1º Quando for diverso o lugar da residência dos pais, observar-se-á a ordem contida nos itens 1º e 2º do art. 52.

§ 2º Os índios, enquanto não integrados, não estão obrigados a inscrição do nascimento. Este poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios.

Não obstante esse não é o único sinal que o direito reconhece como importante para identificar uma pessoa. A idade também é um elemento identificador relevante para o mundo jurídico, por exemplo, para o serviço militar obrigatório, para a aquisição da capacidade de exercício²⁵⁴, para contrair casamento²⁵⁵, para aposentadoria²⁵⁶, para adquirir a capacidade eleitoral²⁵⁷, para proteção legal dos direitos constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵⁸, para admissão ao trabalho²⁵⁹, entre outros atos que levam em conta justamente o período de tempo que se inicia com o nascimento e se prolonga até determinada idade, adquirindo-se, então, outros direitos subjetivos.

A identidade simboliza um sinal que se materializa na pessoa e pelo qual esta é reconhecida perante o mundo exterior, informando às demais que, por conta de determinados elementos identificadores, constrói-se uma visão, ainda que imaginária, de quem possa ser tal indivíduo.

O estado civil pode ser considerado como um sinal de identificação do indivíduo, e por isso mesmo, como um direito da personalidade. O indivíduo necessita externar sua identidade como consequência da própria individualidade pela qual é reconhecido. A sua importância é por demais clara e relevante para as relações humanas, sendo indiscutível quanto ao aspecto jurídico. Dela decorrem a possibilidade de casar, os direitos sucessórios, o direito a alimentos, direitos de usufruto, direito a certos direitos patrimoniais.

Os estados civis foram constituídos a partir das relações advindas do casamento, que, até o advento da Constituição Federal de 1988, era a única forma de família legalmente reconhecida. Em consequência da noção matrimonial, a Lei de Registros Públicos, no art. 29, disciplina o registro dos seguintes atos:

§ 3º Os menores de vinte e um anos e maiores de dezoito anos poderão, pessoalmente e isentos de multa, requerer o registro de seu nascimento.

§ 4º É facultado aos nascidos anteriormente à obrigatoriedade do registro civil requerer, isentos de multa, a inscrição de seu nascimento.

§ 5º Aos brasileiros nascidos no estrangeiro se aplicará o disposto neste artigo, ressalvadas as prescrições legais relativas aos consulados.

²⁵⁴ Art. 3º e 4º do Novo Código Civil.

²⁵⁵ Art. 1.517 do Novo Código Civil.

²⁵⁶ Art. 201, §7º, I e II da Constituição Federal.

²⁵⁷ Art. 14, §1º, I e II da Constituição Federal.

²⁵⁸ Art. 2º da Lei 8069/1990.

²⁵⁹ Art. 227, §3º, I da Constituição Federal.

Art. 29. Serão registrados no Registro Civil de Pessoas Naturais:

I - os nascimentos;

II - os casamentos;

III - os óbitos;

IV - as emancipações;

V - as interdições;

VI - as sentenças declaratórias de ausência;

VII - as opções de nacionalidade;

VIII - as sentenças que deferirem a legitimação adotiva.

§ 1º Serão averbados:

a) as sentenças que decidirem a nulidade ou anulação do casamento, o desquite e o restabelecimento da sociedade conjugal;

b) as sentenças que julgarem ilegítimos os filhos concebidos na constância do casamento e as que declararem a filiação legítima;

c) os casamentos de que resultar a legitimação de filhos havidos ou concebidos anteriormente;

d) os atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos ilegítimos;

e) as escrituras de adoção e os atos que a dissolverem;

f) as alterações ou abreviaturas de nomes

Quando do advento da Lei de Registros Públicos, ainda não se reconhecia, a possibilidade de da união considerada concubinária formar-se uma relação de união estável, até porque, embora a doutrina já esboçasse a diferenciação entre concubinato puro (havido entre pessoas desimpedidas para o casamento) e impuro (havido entre pessoas impedidas de casar), não se sabia ao certo quando se formaria a relação que se denominou de união estável.

Embora a Constituição Federal tenha elevado a união estável à condição de família, regulamentada pelas leis 8.971/1994 e 9.278/96 e pelo Código Civil em vigor, o Legislativo não vislumbrou tutelar especificamente a identidade da união estável pelo reconhecimento de sua existência como um estado civil.

O Código Civil em vigor, que por último disciplinou o instituto, na sua Parte Geral, no livro I (Das pessoas), no título I (Das pessoas naturais), no capítulo I (Da personalidade e da capacidade), limitou no seu art. 10, os atos sujeitos a registro:

Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:

I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;

II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação;

III - dos atos judiciais ou extrajudiciais de adoção.

Ainda se encontra lacunoso o reconhecimento expresso do estado civil advindo da união estável. A legislação prevê apenas a existência dos estados civis de solteiro, casado, separado judicialmente, divorciado e viúvo; no entanto, o direito à identidade, informador do estado familiar e, por via de consequência, do estado civil, determina que se deve dar tutela aos partícipes da relação, proporcionando o reconhecimento da identidade do estado civil de convivente, independentemente da existência de legislação que expressamente a crie.

3.5 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A doutrina atribui aos direitos de personalidade, por se constituírem em uma categoria especial de direitos, certas características para as quais, embora não se lhes encontre respaldo legal, pela natureza desse direito, dispensa-se a previsão legislativa. O Código Civil em vigor elencou em seu art. 11 como características dos direitos da personalidade a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade²⁶⁰, conquanto outras sejam identificadas pela doutrina, como as de eles serem absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, intransmissíveis, impenhoráveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, vitalícios, ilimitados, imprescritíveis e inatos.

Esses direitos são absolutos porque, sendo oponíveis *erga omnes*, irradiam efeitos, impondo a todos (coletividade) o dever de respeitá-los. Esta característica tem relação direta com a indisponibilidade, não se permitindo tampouco ao titular renunciá-la ou cedê-la a terceiros.

Os direitos da personalidade são gerais ou atribuídos de generalidade por serem outorgados a todas as pessoas como simples decorrência do fato de existirem.

São extrapatrimoniais em face da ausência de um conteúdo patrimonial direto e imediato, aferível objetivamente, ainda que sua lesão gere efeitos econômicos. Não obstante, manifestações pecuniárias de algumas espécies de direitos podem entrar no comércio jurídico; e pode ocorrer uma mensuração econômica quando

²⁶⁰ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

ocorrer alguma lesão ou violação destes direitos, havendo exceções à característica da extrapatrimonialidade. Ex.: os direitos do autor (direito de utilizar, fruir e dispor de obra literária).

A condição de indisponibilidade decorre de não poderem sair da esfera de domínio patrimonial pessoal do indivíduo. Difere tal característica da intransmissibilidade, pois nesta há modificação de titularidade, ao passo que a disponibilidade nem sempre significaria a transmissão de direitos. Assim, não se podem extrair os direitos da personalidade.

A intransmissibilidade dos direitos de personalidade, uma das características expressamente previstas no art. 11 do Código Civil em vigor, impede a modificação de titularidade gratuita ou onerosa (inalienabilidade), sendo impossível reconhecer-se juridicamente a possibilidade de abandonar ou renunciar a esse direito. Esta intransmissibilidade sofre um abrandamento por interesses negociais e tecnológicos e algumas vezes para fins científicos ou humanitários. Quando se cede o direito de uso da imagem, por exemplo, não se está transferindo o direito à imagem, mas tão-somente uma de suas faculdades, o uso, respeitando-se restritamente a vontade manifesta do titular, sendo qualquer cláusula interpretada restritivamente. De igual forma, a disponibilidade de algum órgão humano por questões altruísticas, por exemplo, de um rim para transplante em parente, ou de outros órgãos de pessoa falecida (desde que se trate de órgão duplo e não se comprometa a estética da pessoa) configura-se como possibilidade de disposição pessoal.

Esses direitos são impenhoráveis por se referirem a bens não-pecuniários. No entanto, observa-se que os créditos eventualmente obtidos dos direitos patrimoniais são penhoráveis; por exemplo, podem-se penhorar créditos de uma cessão do uso do direito de imagem já realizado, cujo pagamento pode ser assegurado judicialmente.

A irrenunciabilidade caracteriza bens que não podem ser objeto de renúncia, como a vida, o nome e a liberdade. Esses bens transcendem a esfera de atuação da livre-vontade, agregando-se permanentemente ao indivíduo.

Esses direitos são imprescritíveis porque inexistente prazo para seu exercício e eles não se extinguem pela inércia de seu titular;

Vitaliciedade significa que esses direitos são inatos e permanentes do nascimento até a morte. Extinguem-se, em regra, com a morte ou desaparecimento de seu detentor, embora em alguns casos permanecem mesmo após a morte, sendo transferidos a quem a lei indicar como herdeiros, segundo o art. 12, parágrafo único do Código Civil em vigor.

Os direitos de personalidade são ilimitados porque não são como tais considerados apenas aqueles previstos em lei, mas também aqueles que, ao longo do tempo, forem se tornando características essenciais e inerentes à pessoa.

Esses direitos são inatos porque não se adquirem ao longo da vida, e sim, configuram-se como inerentes à natureza humana. Não há uma manifestação de vontade capaz de fazer surgir o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à vida privada.

3.6 O ESTADO CIVIL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Não se pode negar que o direito civil, após a Constituição Federal de 1988, sofreu profundas transformações, de forma a impor-se uma releitura dos pilares deste ramo do Direito.

Luiz Edson Fachin²⁶¹ ensina:

A releitura crítica dos estatutos fundamentais do Direito Privado, para tanto, exige uma visita crítica e construtiva aos três pilares fundamentais do Direito Civil, e por consequência, do Direito Privado, quais sejam: a) o trânsito jurídico, calcado na noção de contrato, de obrigações e suas modalidades; b) as titularidades, fundamentalmente encimadas nas noções de posse e de apropriação de um modo geral, e c) o projeto parental, que se encontra assentado na noção de família.

Esta inversão da ordem de idéias levou à constitucionalização da formação do núcleo familiar, adotando a Constituição Federal uma concepção plural, não assentada apenas no casamento, mas também na relação derivada da união estável

²⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22.

e na monoparentalidade²⁶². *O espaço familiar torna-se assim o território privilegiado para o desenvolvimento de capacidades, para o reforço da participação, em suma para o exercício de direitos sociais próprios de cada cidadão*²⁶³, e que devem ser reconhecidos para manutenção do equilíbrio social.

Nesta mesma evolução, erigiu-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil²⁶⁴, que concedeu *unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas, e afastando a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual, e constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício de direitos fundamentais*²⁶⁵.

A Constituição Federal consagra valores de importância superior e *desenha a estrutura jurídica cunhada de regras jurídicas prescritíveis, obrigatórias e vinculadoras, informadoras de um conteúdo material... e que assumem o papel de guia material do Direito*²⁶⁶. Entre essas normas vinculadores e obrigatórias encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se consagrou uma cláusula geral de tutela da personalidade que ampara os direitos da personalidade como o valor máximo conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

As condições de nacional ou estrangeiro, de ser capaz ou incapaz, de obter o registro de sua idade com o registro de nascimento, de ser casado, solteiro, viúvo, separado, divorciado ou em união estável decorrem das próprias características pessoais, identificando precisamente o indivíduo e tornando-o uma unidade.

Através do direito à identidade permite-se dizer que a entidade familiar da união estável deve ser reconhecida como um estado civil, uma vez que tal

²⁶² Idem, ibidem. p. 72-73.

²⁶³ MARTINHO, Edmundo. A família, as respostas sociais e as parcerias. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) **Direito tutelar de menores: o sistema em mudança**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 42. (encontro de trabalho – julho 2000 da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito de Família – Procuradoria-Geral da República)

²⁶⁴ Art. 1º, III da Constituição Federal.

²⁶⁵ MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 16.

²⁶⁶ CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. **Família no direito comparado: divisão das expectativas de aposentadoria entre cônjuges**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 32.

relacionamento reflete a posição familiar do indivíduo perante terceiros, como um sinal que o identifica unicamente como portador de determinados direitos e obrigações e o exclui da possibilidade de assumir um outro estado familiar.

A identificação do estado civil reveste-se de grande importância para as relações interpessoais, sendo exigida, em certos casos, a sua expressa indicação²⁶⁷. O estado civil, como um dos aspectos importantes do direito à identidade, revela a posição do indivíduo no seio familiar, perante terceiros e o Estado.

Como a Lei nº 6.015/1973 e o Código Civil em vigor tipificam as formas de estado civil e não prevêem expressamente a existência do estado civil da união estável, que entendemos existir mesmo sem normatização, pode-se afirmar que esse estado é reconhecido pela Constituição Federal, através do art. 1º, inc. III,

²⁶⁷ (Constituição Federal) Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

(Novo Código Civil) Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;

(Novo Código Civil) Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;

(Novo Código Civil) Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

(Novo Código Civil) Art. 1525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

(Código de Processo Civil) Art. 282. A petição inicial indicará:

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

(Código de Processo Civil) Art. 414. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.

(Código de Processo Civil) Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:

II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido;

(Código de Processo Penal) Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

(Consolidação das Leis do Trabalho) Art. 16. A Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, além do número, série, data de emissão e folhas destinadas às anotações pertinentes ao contrato de trabalho e as de interesse da Previdência Social, conterá:

III - nome, idade e estado civil dos dependentes;

(Lei de Arbitragem – Lei 9307/1996) Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

aplicando-se a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, da qual decorre o direito à identidade.

A cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade indica que a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada contra a falta de legislação que a regule.

A existência do estado civil da união estável não depende de legislação expressa, pois o instituto é considerado espécie de família pela Constituição Federal²⁶⁸, tendo a Lei 8.971/1994 e, posteriormente, a Lei 9.278/1996 e o Código Civil em vigor previsto os requisitos para sua configuração.

A doutrina de Pontes de Miranda²⁶⁹ entende que a multiplicação dos tipos fracionados dos direitos da personalidade causou a inclusão de direitos que não se caracterizam como direitos da personalidade, e que inseriu entre eles o *status* do indivíduo, como a *nacionalidade*, a *cidadania* e a *conjugicidade*. De igual maneira, entende Elimar Szaniawski²⁷⁰ que *estes mencionados direitos não irradiam somente da pessoa ou de sua personalidade, mas sim desta, acrescida de um outro fato jurídico estranho à personalidade*. Afirma ainda o autor:

A nacionalidade e a cidadania não se classificam como direitos de personalidade, pois pode-se mudar de nacionalidade sem, no entanto, perdê-la ao optar por outra, fato que não afeta a personalidade do indivíduo. A conjugicidade, bem como o status de filiação, igualmente podem ser alterados sem afetar a personalidade da pessoa. O divórcio, a adoção e o descobrimento da verdadeira paternidade biológica alteram o status das pessoas sem atingir sua personalidade, que permanece intacta. E a qualificação de filhos, dividida em graus, não mais existe em nosso direito, reduzindo e modificando o conceito de estado de filho, que interessa somente à filiação social ou afetiva. Não podendo, por estas razões, ser o status incluído entre os direitos da personalidade, por se afastar totalmente desta categoria. No entanto, no que diz respeito à personalidade de uma pessoa, devem ser considerados os laços de paternidade e de filiação, uma vez que a paternidade constitui-se no elemento que define o laço de parentesco, que une imediatamente a pessoa a um dos ascendentes. Constitui-se

²⁶⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

²⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. v. 7. tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 8-9.

²⁷⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.* p. 230.

no núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem no patrimônio do filho, sejam eles direitos de personalidade, direitos obrigacionais, ou mesmo direitos de natureza real. Daí a importância da paternidade como a origem do direito de personalidade do filho, sendo, por esta razão, que a paternidade não pode deixar de ser investigada amplamente. Neste sentido, o status não é propriamente o elemento revelador da personalidade da pessoa, mas sim o binômio paternidade/filiação, do qual decorre o direito à identidade pessoal, constituído pelo direito ao nome (prenome e patronímico) e pelo direito à identidade pessoal.

Em que pese ao brilho dos juristas citados, discordamos do referido posicionamento, uma vez que, como a *conjungicidade*, o *nome* é um sinal exterior da identidade de uma pessoa. Assim como a *nacionalidade* e a *conjungicidade*, o *nome* pode ser modificado. O fato de uma mulher casar e modificar o nome de solteira, suprimindo algum dos seus sobrenomes para acrescentar o do marido, não altera a personalidade interior, mas altera a sua identidade perante sua família, perante seus amigos, terceiros e o Estado. O acréscimo ou supressão de sobrenomes indicam a sua posição de casada ou em união estável.²⁷¹ Da mesma maneira, a partir da identificação do estado civil se pode autorizar ou não a realização de novo casamento ou reconhecer uma relação de união estável

Destarte, o reconhecimento do estado civil como direito da personalidade passa ao largo da discussão sobre a modificação da personalidade psíquica e interior. O estado civil existe em decorrência da existência de um estado familiar, o qual, por sua vez, serve de base para o direito à identidade que o indivíduo possui, da mesma maneira que pode reivindicar ser conhecido por este ou aquele nome. Não se pode concordar que o *status* não seja um elemento revelador da personalidade.

²⁷¹ Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/1973:

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

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

Assevera Washington de Barros Monteiro²⁷²:

Estado familiar é a posição ocupada pela pessoa no seio da família. Todo indivíduo se enquadra em determinada família por algum tipo de relação: o vínculo conjugal, a união estável, o parentesco por consangüinidade e a afinidade. Sob esse aspecto, o estado familiar distingue as pessoas entre casadas, conviventes, solteiras, viúvas, separadas judicialmente e divorciadas, parentes (consangüíneos ou afins) ou não.

Neste mesmo sentido, Silmara Juny Chinelato entende que, em decorrência do vínculo de afinidade que o companheiro possui com os parentes da sua companheira²⁷³, no mesmo grau de afinidade atribuído ao cônjuge em relação aos parentes do seu consorte, conforme dispõe o art. 1.595 do Código Civil em vigor, cumpriria reconhecer o elo gerador de um estado civil²⁷⁴. Também afirma Antonio Junqueira de Azevedo²⁷⁵: *... pode-se mesmo dizer que os conviventes conquistaram um novo estado civil até então desconhecido.*

Entende-se correta a posição dos autores acima mencionados, com fundamento na existência de um direito da personalidade que identifica um estado familiar a qual não pode ser negada.

Muitas são as violações ao direito à identidade quando, em questionários, em formulários de matrículas escolares, em pesquisas de levantamento de dados estatísticos, na abertura de conta bancária, no preenchimento de cadastros e registros de natureza pública não se permite identificar o estado civil de união estável.

Resguardando a *cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade*, derivada do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito à identidade deve ser reconhecido e tutelado pelo Estado. Decorrendo da relação de

²⁷² MONTEIRO, Washington de Barros (atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto). **Curso de direito civil**: parte geral. v. 1. p. 86.

²⁷³ e vice-versa.

²⁷⁴ CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil**: parte especial: do direito de família. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 23.

²⁷⁵ AZEVEDO, Antonio Juqueira de. *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.) **Questões controvertidas**: no direito de família e das sucessões (série Grandes Temas de Direito Privado – v. 3). São Paulo: Método, 2005. p. 268.

união estável a existência de um estado familiar, e deste decorrendo um estado civil, mesmo não havendo previsão legal que discipline a existência formal de um estado civil de união estável, não se pode aceitar a sua inexistência material por óbice da exigência de um formalismo legislativo.

O “estado civil é definido como uma qualidade pessoal.”²⁷⁶ Constitui-se como um valor ínsito à pessoa, de conteúdo não econômico, o qual a integra e lhe é obrigatório. O estado das pessoas envolve um interesse de ordem pública que não é suscetível de transação. Estando numa determinada condição (*status*), não pode a pessoa renunciá-la, pois pertence à sua qualificação, como uma realidade objetiva de que o seu titular usa e goza com absoluta exclusividade.²⁷⁷

A relevância do estado, e mais precisamente, do estado familiar, reside no fato de que a sua definição clara e precisa se constitui em segurança para as relações jurídicas, pois não há negar que, a partir do estado familiar, além de deveres e direitos inerentes à própria relação entre o casal e os filhos, há aqueles que se refletem em terceiros alheios, pelo fato de que, no plano patrimonial, revelam o modo como os negócios jurídicos deverão ser realizados. Basta uma pequena passagem pelo regime de bens no casamento para se ter uma noção exata de suas conseqüências, que, dependendo do caso, poderão levar à anulabilidade do negócio, muito embora não seja este o objeto do presente estudo. Em contrapartida, alguém que é solteiro tem ampla liberdade para adquirir e desfazer-se de seu patrimônio, sem a interferência de outros. No tocante à união estável, é relevante o seu reconhecimento como estado civil, pois, além de decorrer da própria personalidade, o regime legal de bens na constância dessa união é o da comunhão parcial de bens. Destarte, se alguém solteiro, mas em situação de união estável, vende um de seus bens imóveis, deveria fazê-lo com a anuência do(da) companheiro(a), levando-se em consideração que o bem pertenceria a ambos, e não somente ao companheiro em cujo nome estaria o registro imobiliário²⁷⁸.

²⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 151.

²⁷⁷ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução do direito civil: teoria geral de direito civil. v. I. p. 267-268.

²⁷⁸ Neste sentido é o ensinamento de Eduardo Cambi: *os bens amealhados pelo esforço comum passaram, pelo art. 5º da Lei 9.278/96, a pertencer a ambos os companheiros, em condomínio e em partes iguais. Assim sendo, é razoável exigir, como efeito da existência da união estável, a outorga uxória (art. 234/CC, inc. I) e a*

A importância de se reconhecer o estado familiar é que ele resguarda a segurança das relações familiares, dando maior conforto aos partícipes dessa relação, como também a terceiros, contra eventual má-fé daqueles que queiram se aproveitar do erro ou da ignorância de outrem.

Assim, nos dizeres de Caio Mario, *De pessoas que se comportem como marido e mulher, assim havidas por todos na sociedade, diz-se que têm a posse de estado de casado, a símile da posse das coisas materiais, e se lhes reconhece a existência de uma união estável*²⁷⁹.

O paradigma legal do estado civil sempre foi o casamento. Antes do casamento tem-se o estado de solteiro e, depois do casamento, o de casado. Após o casamento, pode-se adquirir a condição de viúvo, a de separado judicialmente ou a de divorciado.

Não há previsão legislativa do estado civil da união estável; no entanto, para a caracterização dessa relação, mesmo no estado de casado é possível que a união estável seja reconhecida, o que ocorre, segundo o art. 1723, §1º do Código Civil em vigor, no caso de separação de fato²⁸⁰.

Assim, em qualquer dos estados civis previstos hoje pela legislação, é possível que uma relação de união estável esteja em curso, o que repercute em efeitos pessoais e patrimoniais aos partícipes dessa relação que devem ser resguardados.

autorização marital (art. 242/CC, inc. II) para alienar ou gravar com ônus real os bens comuns. No entanto, adverte que: não havendo, no registro de imóveis, o nome de ambos os companheiros ou havendo falsidade ou omissão, quanto à existência da união estável, hão de ser preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, que não devem arcar com eventuais prejuízos, devendo as perdas e danos se resolverem entre os companheiros. (CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. **Repertório de doutrina e jurisprudência sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 161. CONTRA, posicionando-se no sentido de inexistir exigência da outorga do companheiro, é o ensinamento de Francisco José Cahali: *A lei não prevê a necessidade de autorização do companheiro para validade da disposição, assim, pode vender, mesmo declarada ou indicada a situação no próprio registro do imóvel, pois ode tratar-se de em particular, sub-rogado, adquirido antes da união, excluído da comunhão, ou ter sido o pacto revogado por ato posterior, e até mesmo ter ocorrido a dissolução da união. Daí, não altera constar a situação do alienante de viver em união estável, com ou sem pacto respectivo.* (CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. p. 199.)

²⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução do direito civil: teoria geral de direito civil. v. 1. p. 268.

²⁸⁰ Vide sobre a caracterização da união estável em tópico específico deste trabalho.

Maria Berenice Dias²⁸¹ também ensina:

O estado civil é definido como uma qualidade pessoal. A importância de sua identificação decorre dos reflexos que produz nas questões de ordem pessoal e patrimonial. Daí integrar, inclusive, a qualificação da pessoa. Além de nome e idade, sempre é declinado o estado civil. Até hoje o marco sinalizador do estado civil sempre teve por referencial exclusivamente o casamento. Nem é preciso repetir que a união estável e o casamento são institutos distintos, mas as seqüelas de ordem patrimonial identificam-se. Com o casamento ocorre a alteração do estado civil dos noivos, que passam à condição de casados. Já a união estável, em geral, não tem um elemento constitutivo definindo seu início, mas nem por isso deixa de produzir conseqüências jurídicas desde sua constituição. Basta lembrar que os bens adquiridos durante a convivência passam, necessariamente, a pertencer ao par, por presunção legal. Assim, imperioso reconhecer que, a partir do momento em que uma estrutura familiar gera conseqüências jurídicas, se está diante de um novo estado civil. A falta de identificação dessa nova situação traz insegurança aos parceiros e pode causar prejuízos a terceiros que eventualmente desconheçam a condição de vida com quem realizam algum negócio.

Destarte, não é a falta de previsão legislativa que permite afirmar a inexistência do estado civil da união estável. A Constituição Federal dispõe que a família merece especial proteção do Estado. Ora, se a união estável é uma relação amparada pela recente legislação infraconstitucional, não se pode negar o seu reconhecimento e a possibilidade de sua identificação, inclusive para fins de registro desse estado civil e a sua utilização corrente nas mais diversas formas de identificação.

Tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei, o de nº 1.779/2003, que visa acrescentar ao art. 1.723 do Código Civil em vigor o parágrafo 3º, com seguinte redação: § 3º. *Os companheiros adotarão o estado civil de conviventes.*

A nosso ver, trata-se de um formalismo que apenas vem a reconhecer expressamente um direito já existente, decorrente do direito à identidade. No entanto, a despeito da possibilidade de conversão de referido projeto de lei em lei de fato, certamente entenderão alguns que, mesmo a referida previsão legislativa, careceria de utilidade, uma vez que não existe dispositivo para o registro de tal estado civil na Lei de Registros Públicos, o que, aliás, entendemos também

²⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 151.

desnecessário, pois o registro do estado civil decorrente da união estável apenas deve cumprir a *cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade*, tornando pública uma relação de fato.

Como assevera Luiz Edson Fachin²⁸², *o Estado brasileiro assumiu pela Constituição de 1988 uma posição protetora e não contemplativa das relações familiares, tutelando essas relações que as reconhece e que, delas emergem efeitos jurídicos*. A tutela do estado civil da união estável tem como berço o princípio da dignidade da pessoa humana e a repersonalização das relações familiares ligadas por laços de afeto, *que é condição primeira de readequação do direito à realidade*²⁸³.

O Estado brasileiro não pode restringir o direito a esse reconhecimento. Aliás, pontualmente, já vem se introduzindo entendimento contrário, segundo relato de Maria Berenice Dias²⁸⁴ informando que:

A Corregedoria-Geral da Justiça, por meio do Provimento 6/4 de 17-2-2004, acrescentou um parágrafo ao art. 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral, nos seguintes termos:

‘As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito’.

Com isso, abriu-se no Rio Grande do Sul a possibilidade do registro da união estável como estado civil, sem alteração na Lei de Registros Públicos, o que constitui um avanço, pelo reconhecimento da possibilidade de formalmente obter-se a comprovação material da união estável como estado civil.

Não obstante, reconhece-se a dificuldade prática em se resguardarem todos os companheiros pelo reconhecimento e registro da união estável perante os órgãos

²⁸² FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 67.

²⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. **Revista brasileira de direito de família**, ano VI, n. 24, jun-jul 2004. p. 152

²⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. Afeto registrado, **SaraivaJur**, São Paulo, 21.06.2004. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/>>. Acesso em: 21.out.2006.

públicos. Diferente do casamento, cuja prova se faz através da certidão,²⁸⁵ segundo o art. 1.543 do Código Civil em vigor, na união estável existem dificuldades em precisar o seu início, indagando-se a partir de quando tal fato seria juridicamente tutelado. Tal elemento temporal, insuperável pela imprecisão de seu termo *a quo*, decorre da característica de ser a união estável um fato jurídico que não surge de um ato jurídico instantâneo, como ocorre no casamento.

Embora seja uma contradição a instituição legal e o regramento da união estável e suas relações, este é um paradoxo com o qual é preciso *aprender a conviver: ao mesmo tempo em que não queremos a intervenção do Estado em nossas relações mais íntimas, buscamos sua interferência para lhe dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca*²⁸⁶.

A união estável é uma realidade muito mais próxima da sociedade brasileira do que se pode imaginar. A sua difusão, comprovada no Censo Demográfico 2000, revela a importância do instituto para o Direito, e os operadores jurídicos não podem ficar à margem dessa tão presente realidade, inclusive para fins de reconhecimento da existência de um estado civil decorrente da união estável.

Não obstante, o reconhecimento da existência de um estado civil decorrente da união estável não é apenas de uma questão de exigência do formalismo jurídico. Trata-se de um direito da personalidade que necessita ser reconhecido. Todos os que se inserem nessa condição têm o direito à identidade, o direito de serem designados pelo que são, pela situação em que vivem. A *cláusula geral dos direitos da personalidade* permite essa proteção do estado civil da união estável e a sua utilização para disciplinar as relações com terceiros.

Restará ao Estado, caso venha a disciplinar a forma do registro da união estável junto aos registros públicos, o árduo trabalho de estabelecer ressalvas ou disciplinar o termo *a quo* e a eventual possibilidade de disciplinamento da união estável de maneira retroativa (se for o caso), impor sanções ou restrições em caso

²⁸⁵ Art. 1543. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.

²⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 219.

de descumprimento da obrigação de levar a registro a união estável, de modo a ajustar o instituto à realidade brasileira.

Enquanto tal legislação não é editada, entendemos ser possível o reconhecimento da existência de um estado civil de convivente, por ser decorrente dos direitos da personalidade, sendo passível de registro civil e junto aos órgãos públicos e oponível *erga omnes*, desde que identificado publicamente.

CONCLUSÃO

Derivada do direito romano, a noção de estado (*status*) chegou até os nossos dias de maneira modificada, podendo configurar-se como um conjunto de caracteres que são inerentes aos indivíduos e lhes permitem o gozo de direitos subjetivos. No entanto, o conceito de *status* na forma mencionada afigura-se extensiva demais, por contemplar uma série infinita de situações que entendemos descabida para o Direito. O *status*, para ter significado como categoria concreta e como instrumento revelador de uma qualidade da pessoa, deve fundar-se em conteúdos que possuam função e relevância jurídicas. Assim, as condições de herdeiro, de tutor, de católico, de empresário, de comerciante, de estudante, de trabalhador urbano ou rural, de aposentado, de consumidor, de ser pobre, de ser livre, de ser alto, de ser de pele desta ou daquela cor, não devem ser consideradas *status*.

Considerado atributo ou qualidade da personalidade, o *status* evidencia o *ser* (e não o *ter*). O *estado* expressa uma condição peculiar que causa reflexos sobre as demais pessoas, e assim é considerado em uma de suas três formas, as dos *estados político, individual e familiar*.

Sem ignorar a importância da definição do estado político, que diferencia o nacional (nato ou naturalizado) do estrangeiro, e do estado individual, que individualiza a pessoa levando em consideração aspectos da idade, do sexo e da saúde, a pertinência do nosso trabalho consistiu em analisar, peculiarmente, o estado familiar, que define a condição do indivíduo perante os familiares, terceiros e o Estado. Diferentemente do *status familiae* do direito romano, o estado familiar atual identifica a posição da pessoa dentro de um núcleo familiar menos numeroso, nas suas relações de afeto (vínculo conjugal), de parentesco e de afinidade, definindo as obrigações e direitos advindos da posição que ela assume no núcleo familiar.

Da noção de estado familiar advém a configuração do estado civil *stricto sensu*, que - pode-se argumentar - decorreria do registro dos fatos jurídicos descritos em uma lei que determina a sua inscrição no registro público limitando-se aos que podem ser registrados e averbados. No entanto, conforme exposto, o estado civil descreve um estado familiar, uma relação de vínculo conjugal (ou de sua ausência). É no estado familiar que o estado civil *stricto sensu* tem seu fundamento,

descrevendo uma situação fática que tem consequências para o ordenamento jurídico.

Destarte, o estado civil *stricto sensu* reflete apenas alguns dos estados familiares passíveis de identificação, mais precisamente, quando se descrevem as relações de vínculo conjugal ou dele carentes excluindo-se os estados familiares decorrentes das relações de parentesco e de afinidade.

Se o estado civil reflete o estado familiar por vínculo conjugal (ou falta dele), a união estável configura-se perfeita para caracterização de um estado familiar de convivente (ou em união estável).

Pelo que se depreende da norma constitucional, a proteção do Estado destinada à *base da sociedade* pode ser conferida à família em qualquer das suas três formas de constituição, entre as quais a da *união estável* e; sendo a união estável uma espécie de família, não se pode negar que dela decorra o estado familiar de companheiros ou conviventes.

A relação de afeto, de vínculo conjugal, constitui, na união estável, um dos sustentáculos para sua caracterização. Se das relações de vínculo conjugal decorre reconhecer a existência de um estado familiar, é assim que as pessoas inseridas nessa relação devem ser tratadas e reconhecidas.

A expressão “união livre” seria, com certeza, a mais adequada para designação da relação que a norma constitucional e a maioria da doutrina denominaram de “união estável”; no entanto, curvamo-nos à expressão “união estável, consagrada pela doutrina e jurisprudência para designar a relação entre homem e mulher caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família, pois o qualificativo *estável* é mais pertinente à idéia de *união* do que o adjetivo *livre* (liberdade) para designar a relação.

Em face da nova caracterização expressamente prevista no Código Civil em vigor, os elementos caracterizadores do instituto passaram a ser: diversidade de sexos; relacionamento com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada, viúva ou separada de fato; convivência duradoura; publicidade; continuidade;

fidelidade; *affectio maritalis*, ficando a prole excluída como requisito essencial e figurando apenas como elemento de prova.

O estado familiar decorrente da união estável, da qual se origina um estado civil, serve como base de um dos direitos da personalidade: o direito à identidade. No entanto, verifica-se que o conceito de personalidade jurídica se distingue dos direitos da personalidade. Da personalidade jurídica decorre a capacidade jurídica, a qual denominamos de capacidade de direito, abrangendo todos os direitos inerentes à capacidade de direito ou de gozo. Os direitos de personalidade, por sua vez, levam em consideração apenas alguns direitos, que não possuem conteúdo econômico financeiro imediato ou direto. Assim, os direitos de personalidade não abrangem todos os direitos decorrentes da personalidade jurídica, pois, em tese, estes levam em conta todos os direitos inerentes à capacidade de direito. Portanto, na capacidade de direito, que decorre da personalidade jurídica, englobam-se todos os direitos subjetivos da pessoa humana, alguns dos quais são considerados da esfera dos direitos de personalidade.

A personalidade em si, como objeto dos *direitos da personalidade*, não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, mas sim, constitui a pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto, confundindo-se com os caracteres da própria pessoa. Não se pode, assim, afirmar que a personalidade constitua um direito, pois se assim se considerasse, poder-se-ia questionar se haveria, inclusive, um direito à personalidade.

Com a evolução da categoria *direito de personalidade*, a *personalidade*, como já salientado, passou a ser considerada como a base dessa categoria de direitos, sem com ela se confundir. Destarte, quando os direitos de personalidade são tratados como direitos subjetivos, está se falando em direitos subjetivos *sui generis*, que se distinguem dos demais direitos subjetivos por constituírem os primeiros direitos subjetivos ou os *direitos essenciais*, sem os quais os demais direitos subjetivos não existiriam.

As primeiras classificações, oriundas do século XIX, dividem os direitos da personalidade de maneira *tipificada e fracionada*. Pela teoria tipificada e fracionada eram considerados direitos da personalidade aqueles que fossem tipificados pela lei e fracionados em categorias, conforme características peculiares de um grupo de

direitos da personalidade. No entanto, considerando a característica de ilimitabilidade dos direitos da personalidade, a doutrina ainda manteve a tipificação e o fracionamento, deixando claro, por outro lado, que entre as categorias em que os direitos da personalidade se encontram separados há possibilidade de incluir outras que futuramente forem reconhecidas como tal.

Oriunda da nova leitura que fazem das declarações internacionais os tribunais europeus e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a partir de meados do século XX, adotou-se a *teoria do direito geral de personalidade*.

Os fundamentos do *direito geral de personalidade* partem da análise dos próprios elementos fundamentais da personalidade humana, que se constituem da *dignidade*, da *individualidade* e da *personalidade*. A *dignidade humana* localiza o ser humano no plano universal; a *individualidade* torna o ser humano um todo indivisível; e a *personalidade* se realiza mediante a interação do indivíduo com a sociedade, afirmando-se este como ser individual em sua auto-imagem e seus valores pessoais.

Assim, deve ser outorgada a todas as pessoas uma *cláusula geral de proteção*, que lhes dê uma ampla e geral proteção de sua personalidade contra toda ameaça ou violação, seja oriunda do poder público ou do particular, não se devendo exigir uma positivação dos direitos da personalidade em tipos legais.

No Brasil, a Constituição Federal absorveu a teoria do *direito geral de personalidade* pelo que determinam os incisos II e III do art. 1º, que consagram como fundamentos da República Federativa do Brasil a *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana*.

Muito embora a Constituição Federal não faça menção expressa a uma *cláusula geral de tutela da personalidade*, como ocorre nas constituições alemã e italiana, pelo preceito acolhido no art. 1º, inc. III, que representa um sobreprincípio ou um princípio-matriz, não se pode negar que se tenha adotado uma cláusula geral, um direito geral de personalidade, considerando que a personalidade constitui o valor máximo do ordenamento.

Assim, pode-se afirmar que o sistema de proteção na legislação brasileira é *misto*. Realiza-se através da cláusula protetora da personalidade constitucional e dos direitos de personalidade tipificados pelas legislações constitucional e

infraconstitucional, não havendo incompatibilidade entre a *tipicidade aberta* e a *cláusula geral de tutela*.

Entre os direitos da personalidade se encontra o direito à identidade. O indivíduo constitui uma unidade, de modo que as partes componentes das características de uma pessoa só têm sentido se analisadas conjuntamente. Esses traços que permitem o reconhecimento da cada pessoa constituem sua *identidade*.

A manifestação da identidade ocorre de várias formas: pela aparência física, pelo sexo, pela voz, pela história pessoal, pela reputação moral, pelo nome familiar, pela caligrafia, pela idade, pelo modo de se vestir, e também pelo estado civil.

Entre estas formas de identificação existem as que possuem alta relevância para o Direito, por poderem trazer conseqüências jurídicas para a própria pessoa e para terceiros, não podendo toda e qualquer forma de identificação constituir base para o direito à identidade, mas somente aquelas capazes de modificar, adquirir ou extinguir direitos, ou aquelas cuja lesão possa causar prejuízo - v.g, o nome, a idade, a nacionalidade, a voz e o estado civil.

O estado civil pode ser considerado como um sinal de identificação do indivíduo que necessita externar sua identidade como conseqüência da própria individualidade. Dele decorrem a possibilidade de casar, os direitos sucessórios, o direito a alimentos, direitos de usufruto, e direito a certos direitos patrimoniais, etc.

Embora a união estável já esteja devidamente tutelada e regulamentada, o Legislativo não vislumbrou tutelar especificamente a identidade da união estável pelo reconhecimento de sua existência como um estado civil. No entanto, a *cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade* indica que a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada contra a falta de legislação que a regule, haja vista que os direitos da personalidade dela decorrem.

A existência do estado civil da união estável não depende de legislação expressa, pois o instituto é considerado espécie de família pela Constituição Federal, donde emerge a existência de um estado familiar.

O estado civil existe em decorrência da existência de um estado familiar, o qual, por sua vez, serve de base para o direito à identidade, da mesma maneira que um indivíduo pode reivindicar ser conhecido por este ou aquele nome.

Resguardando a *cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade*, derivada do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito à identidade deve ser reconhecido e tutelado pelo Estado. Decorrendo da relação de união estável a existência de um estado familiar e deste decorrendo um estado civil, mesmo não havendo previsão legal que discipline a existência formal de um estado civil de união estável, não se pode aceitar a sua inexistência material, por óbice da exigência de um formalismo legislativo.

A relevância do estado, e mais precisamente, do estado familiar, reside no fato de que a sua definição clara e precisa garante segurança às relações jurídicas,. Não há negar que, a partir do estado familiar, além de deveres e direitos inerentes à própria relação entre o casal e os filhos, há aqueles que se refletem em terceiros alheios, pelo fato de que, no plano patrimonial, revelam o modo como os negócios jurídicos deverão ser realizados. Portanto, não é a falta de previsão legislativa que permite afirmar a inexistência do estado civil da união estável. Como a Constituição Federal dispõe que a família merece especial proteção do Estado e a união estável é uma relação regulamentada pela recente legislação infraconstitucional, não se pode negar o seu reconhecimento e a possibilidade de sua identificação, inclusive para fins de registro desse estado civil e a sua utilização corrente nas mais diversas formas de identificação junto a terceiros e ao Estado.

Embora existam dificuldades de ordem prática para a implementação do referido posicionamento, não pode a falta de norma legislativa constituir empecilho para o reconhecimento do estado civil da união estável, haja vista que é oponível *erga omnes* desde que dada publicidade a terceiros, que não poderão, alegando desconhecimento da existência da relação, realizar negócios jurídicos capazes de causar prejuízos a um dos companheiros.

A união estável é um fato importante na constituição da família brasileira, restando ao Estado, antes de disciplinar a forma do registro da união estável junto aos registros públicos (o que entendemos cabível mesmo sem legislação a respeito), discutir os problemas referentes a termo *a quo*, a eventual possibilidade de

disciplinamento da união estável de maneira retroativa (se for o caso) e eventuais sanções ou restrições no caso de descumprimento da obrigação de levar a registro a união estável, ajustando o instituto à realidade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

ALMADA, Ney de Mello. Separação de fato. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, São Paulo: RT, v. 2, 1995.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALLONE GJ. Teoria da Personalidade. **PsiquWeb**, 2005. Disponível em <<http://www.psiqweb.med.br>>.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BERTOLINI, Wagner. **A união estável e seus efeitos patrimoniais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

BIDDULPH, Steve. **Criando meninos**: por que os meninos são diferentes: o que o pai e a mãe podem fazer?: como ajudá-los a se tornarem pessoas felizes e equilibradas. (Tradução de Neuza Capelo) São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2002. Original: Raising Boys: why boys are different.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. A proteção da família, a união homossexual e o direito de igualdade. **SaraivaJur**, São Paulo, 13.06.2002. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/>>.

BITTAR, Carlos Alberto. **Constituição de 1988 e direito civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. (atualizado e aumentado por Eduardo C. B. Bittar). Os direitos da personalidade. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. São Paulo: Ed. Alba Ltda., 1961.

BRITO, Nágila Maria Sales. **Concubinato e seus efeitos econômicos**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998.

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. **Repertório de doutrina e jurisprudência sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. **Família no direito comparado**: divisão das expectativas de aposentadoria entre cônjuges. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARR-GREGG, Michael; SHALE, Erin. **Criando adolescentes**: como prepará-los para os desafios da vida. (Tradução de Maria Cláudia Alves) São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2003.

CARTÓRIO CHACON (Bertioga – SP). **Breve história dos registros**. [199-]. Disponível em: <<http://www.cartoriochacon.com.br/>>.

CAHALI, José Francisco. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais, 1993.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa. **Casamento e união estável**: requisitos e efeitos pessoais. Barueri-SP: Manole, 2004.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1962.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **Tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000.

CHIMENT, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

CHINELATO, Juny Silmara; AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord.). **Comentários ao código civil: parte especial – do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

CHILTON, Howard. **Criando bebês**. (Adaptação por Albertina Piva, Edite Sciulli e Nancy Campi). São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2003. Original: Baby on board.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil: parte especial: do direito de família**. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. O concubinato. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coord.) **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1996.

_____; FIGUEIREDO, Sálvio de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro.

Comentários ao novo código civil: do direito pessoal: arts. 1.511 a 1.590. v. XVII. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio**. São Paulo: Editora Lampião, 1977.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano:** o direito romano e o direito civil brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ, Fernando Castro da. **Concubinato Puro X Impuro**. São Paulo: Leud, 1997.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**. Curitiba, Juruá, 1996.

DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Homoafetividade e o direito à diferença. In: FREITAS, Douglas Phillips (Org.) **Curso de direito de família**. Florianópolis: Editora Voxlegem, 2005.

_____. Afeto registrado, **SaraivaJur**, São Paulo, 21.06.2004. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/>>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil:** parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARDIN, Noemia Alves. **Concubinato – aspectos sociojurídicos da união estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **CD Jur Magister Conteúdo Jurídico Brasileiro**, Porto Alegre: Editora Magister, jun-jul-2006.

FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FILIPPI, Rejane Brasil. In *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 25.01.1995.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FREITAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 5. ed. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GLANZ, Semy. União estável. **Revista dos Tribunais**. v. 676. São Paulo: RT, fev. 1992.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca da questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. v. 2, São Paulo: RT, 1995.

HOGG, Tracy (com Melinda Blau). **Os segredos de uma encantadora de bebês**: como ter uma relação tranqüila e saudável com seu bebê. Tradução de Maria de Lourdes Gianini. Barueri-SP: Manole, 2002. Original: Secrets of the Baby Whisperer.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Estatística do registro civil 2002**. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/17122003registrocivilhtml.shtm>>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Estatística do registro civil 2004**. v. 31. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Síntese de indicadores sociais 2004**. v. 15. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo demográfico 2000: Nupcialidade e fecundidade: resultado da amostra.** Rio de Janeiro: IBGE, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família.** v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Famílias monoparentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Concubinato frente à nova Constituição. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais.** São Paulo: RT, 1993.

_____. **Síntese de Direito Civil: direito de família.** São Paulo: JM Editora, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 10 ed. São Paulo: Método, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista trimestral de Direito Civil.** ano 2, v. 6. abr-jun 2001.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Anais do III congresso de direito de família: família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. A repersonalização das famílias. **Revista brasileira de direito de família.** ano VI, n. 24, jun-jul 2004.

LUZ, Valdemar P. da. **Comentários ao código civil: direito de família**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

MARTINHO, Edmundo. A família, as respostas sociais e as parcerias. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) **Direito tutelar de menores: o sistema em mudança**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. (Encontro de trabalho – julho 2000 da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito de Família – Procuradoria-Geral da República)

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros (atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto). **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. v. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**. Teresina-PI, jun 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8668>>.

OLIVEIRA, Euclides. União estável e concubinato. In: FREITAS, Douglas Phillips. **Curso de direito de família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. “O Concubinato e a Constituição atual”. 3ª edição, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1993.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **O Concubinato e a Constituição atual**. 3. ed. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1993.

_____. Concubinato: novos rumos. **Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997.**

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes, **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PARIZZATO, João Roberto. **Os direitos e deveres dos concubinos**. Leme-SP: LED, 1998.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concubinato – união estável**. 4. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito - Leud, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. (atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes). **Instituições de direito civil**: introdução do direito civil: teoria geral de direito civil. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. (atualizado por Tânia da Silva Pereira). **Instituições de direito civil**: direito de família. v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

_____ ; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.) **Questões controvertidas**: no direito de família e das sucessões (série Grandes Temas de Direito Privado – v. 3). São Paulo: Método, 2005.

_____. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional (tradução de Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos Patrimoniais do Concubinato**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, São Paulo: RT, v. 1, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. v. 7. tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PREUSCHOFF, Gisela. **Criando meninas**: por que elas ainda são frágeis: como as meninas aprendem?: quando se transformam em mulheres? (Tradução de Stefan Bernwallner) São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2003. Original: Mädchen!

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito civil: direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família**. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TIBA, Içami. **Quem ama, educa**. 4. ed. São Paulo: Editora Gente, 2002. (Coleção Integração Relacional); ZAGURY, Tania. **Limites sem trauma: construindo cidadãos**. 47. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

TELLES JR, Goffredo. Direito subjetivo. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 28.

TEPEDINO, Gustavo. A proteção constitucional do casamento e das novas formas de entidades familiares: critérios interpretativos. In: _____ (Coord.) **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Maria Celina Bodim de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, dez. 1990.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

VARELA, Antunes. **Direito de família**. Lisboa: Livraria Petrony, 1987.

VELOSO, Zeno. **União estável**. Belém: Cejup, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional dos 'conviventes' em matéria de alimentos. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1996.